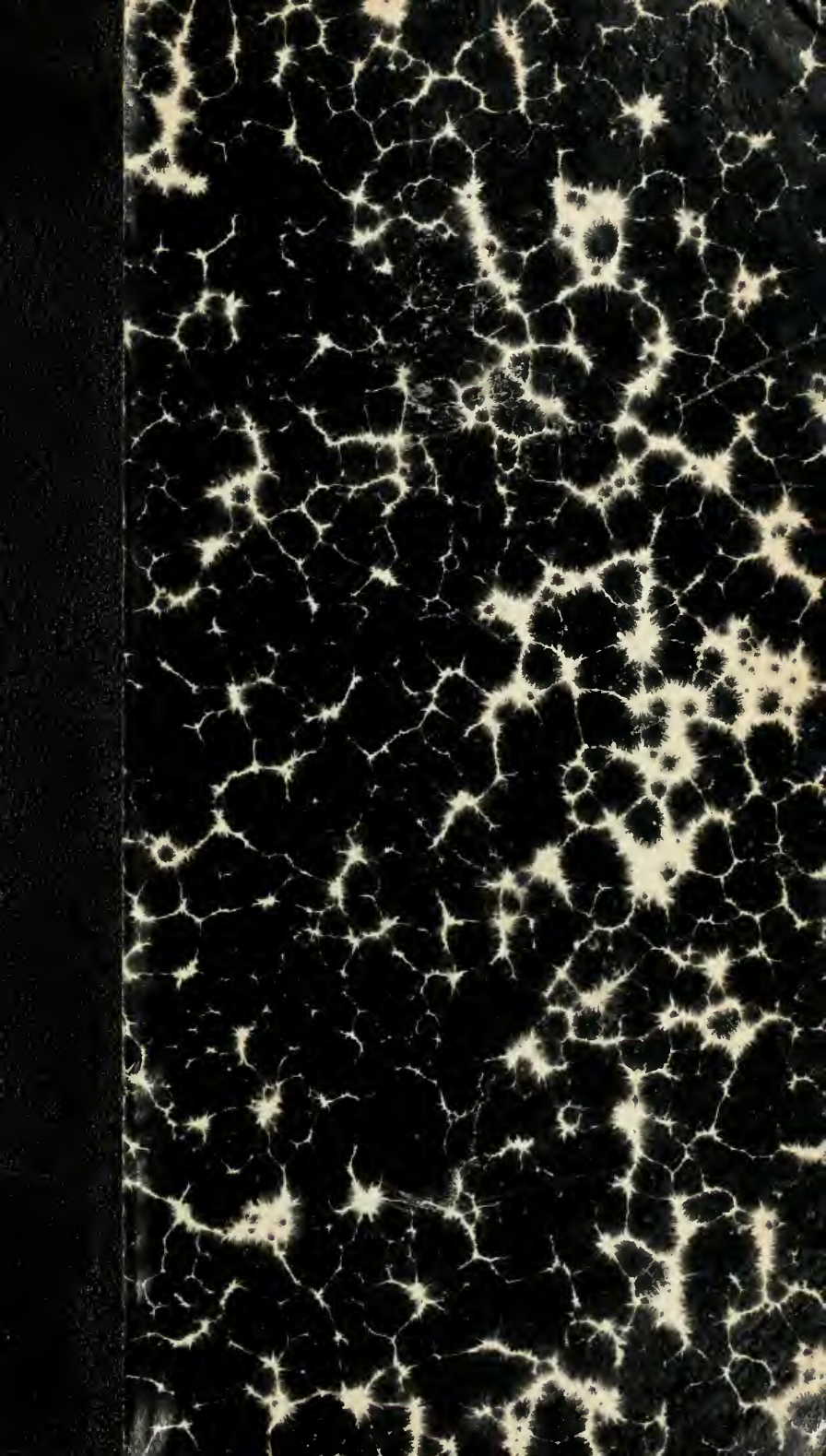

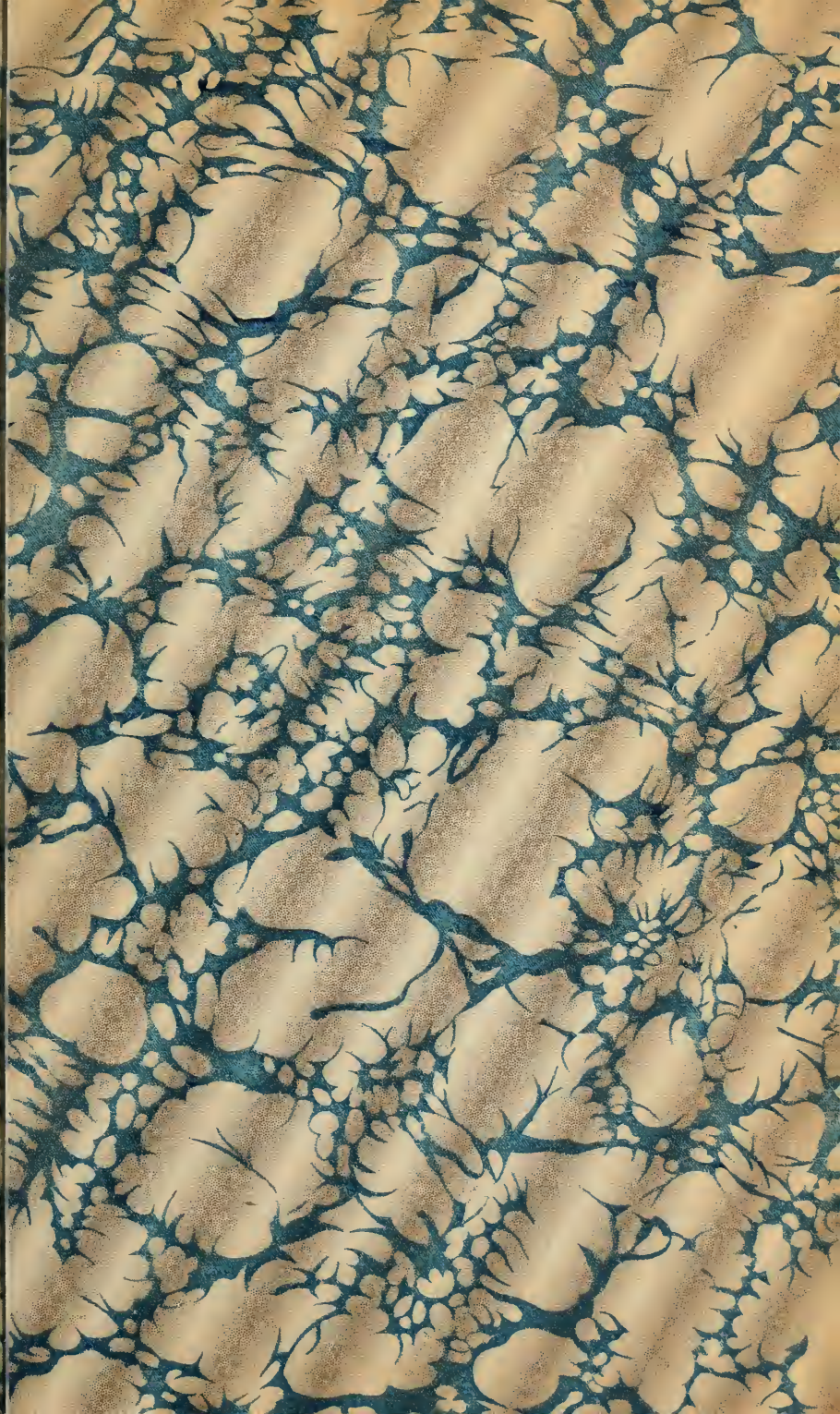

F5

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/loisdelaprocdu02carr

LOIS

DE

LA PROCÉDURE

CIVILE ET COMMERCIALE

II

PARIS. — IMPRIMERIE L. BAUDOIN ET C°, RUE CHRISTINE, 2.

LOIS

DE LA

PROCÉDURE

CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

G.-L.-J. CARRÉ
Doyen de la Faculté de droit de Rennes.

CHAUVEAU ADOLPHE
Doyen de la Faculté de droit de Toulouse.

CINQUIÈME ÉDITION

AUGMENTÉE D'UN

SUPPLÉMENT

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

Contenant, avec le résumé succinct de ce traité, le tableau complet de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'à ce jour

ET SERVANT DE TABLE GÉNÉRALE A L'OUVRAGE

Par Gustave DUTRUC
Avocat, ancien Magistrat, Rédacteur en chef du *Journal des Avoués*

TOME DEUXIÈME

PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL ET BILLARD, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
Place Dauphine, 27

1880

Tous droits réservés.

KJV
3935.8
.C3635
1880
v. 2

LOIS

DE

LA PROCÉDURE CIVILE.

SUITE DE LA PREMIÈRE PARTIE.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX.

SUITE DU LIVRE II.

DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS.

TITRE VIII.

Des jugements par défaut et oppositions (1).

En imposant au défendeur l'obligation de comparaître pour faire valoir ses exceptions et moyens de défense, le demandeur, par son exploit introductif, contracte celle de se présenter lui-même, pour établir le fondement de son action.

Il serait injuste que la désobéissance du premier pût arrêter les poursuites du second; il le serait également que la négligence de celui-ci pût laisser le défendeur sous le coup d'une action par laquelle ses droits sont contestés.

La peine de ce défaut de comparaître est, pour l'un et pour l'autre, d'être jugés sans avoir été entendus.

On nomme *jugement par défaut* celui qui est ainsi rendu sur la comparution et l'audition d'une partie seulement, l'autre étant en défaut de se présenter ou de plaider ses moyens.

Lorsqu'un jugement de cette nature est rendu sur le défaut du demandeur, on l'appelle *congé défaut*, parce que le défendeur est renvoyé, est *congédié* de sa demande. Si, au contraire, le jugement est rendu sur le défaut du défendeur, ce qui arrive le plus souvent, il est appelé simplement *défaut*.

Le jugement par défaut est l'opposé du jugement *contradictoire*, ainsi appelé du latin *contradicere*, contredire, contester, parce que les deux parties se sont

(1) *Voy.* tom. I, liv. 1er, tit. 3, et les questions sur les art. 169, 434, 438.

présentées et ont été entendues *contradictoirement* dans leurs moyens. — [[V. M. BONCENNE, t. 3, p. 2 à 10, où cet élégant auteur trace avec son habileté ordinaire l'historique des jugements par défaut sous le droit romain et sous l'empire des anciennes lois françaises.]]

Il y a cette différence entre le simple défaut et le congé défaut, que le juge, lorsque le défendeur ne comparaît pas, est obligé de vérifier les conclusions du demandeur, et ne peut les adjuger qu'autant qu'il les trouve justes; tandis que, dans le cas du congé, il est, comme nous venons de le dire, tenu de renvoyer le défendeur hors d'assignation. — *(V. infrà*, nos *Questions* sur les art. 150 et 431*)*

La raison de cette différence est sensible : le demandeur a dû tout préparer pour soutenir sa demande; s'il ne se présente pas, il est juste de supposer qu'il l'abandonne.

Le défendeur, au contraire, se trouve en possession du droit qu'on lui conteste ou qu'on réclame de lui; il ne peut éprouver de changement dans sa position que par la persévérance du demandeur, et sur la preuve du fondement de la demande. Il est possible, d'ailleurs, que son absence soit excusable ou forcée, ou qu'il ait entendu s'en rapporter à la prudence des juges : il est donc juste qu'il ne soit condamné, sur son propre défaut, qu'après vérification de la demande; en d'autres termes, le défendeur défaillant est censé *contester* la demande, qui ne peut être adjugée, par conséquent, qu'autant qu'elle est vérifiée et trouvée juste.

Le dispositif d'un jugement par défaut renferme deux parties : l'une qui décerne acte de la non-comparution; c'est ce que l'on entend par ces mots *donner défaut;* l'autre qui prononce sur la demande; c'est ce que l'on nomme *profit du défaut*, parce que le demandeur ou le défendeur qui comparaît seul, *profite* de l'absence du défaillant en obtenant jugement, sans que celui-ci soit entendu.

Nous avons déjà dit, t. 1, qu'il n'y avait lieu, en justice de paix, qu'à un seul défaut, celui faute de comparaître ou de se présenter à l'audience, pour y plaider les moyens de la demande ou de la défense (1).

Mais dans les tribunaux de première instance, où chacune des parties est tenue de constituer avoué, le défendeur est réputé défaillant, s'il n'a pas fait cette constitution. — *(V.* nos *Questions* sur l'art. 75.)

D'un autre côté, le demandeur qui a dû constituer son avoué dans l'exploit d'ajournement, et le défendeur qui a constitué le sien, se rendent également défaillants, si, au jour indiqué pour l'audience, leur avoué ne se présente pas pour plaider ou conclure. (Art. 149.)

De là deux espèces de jugements par défaut dans les tribunaux de première instance :

1° *Le défaut de constitution d'avoué*, que l'on appelle aussi *défaut faute de comparoir*, attendu que la constitution d'avoué équivaut, par fiction, à une comparution de la partie; et défaut *contre partie*, attendu qu'il est donné directement contre elle, puisqu'elle ne s'est point fait représenter par l'officier que lui indiquait la loi;

2° *Défaut faute de conclure*, que l'on appelle également *défaut faute de plaider*, parce que la plaidoirie suppose nécessairement des conclusions, et *défaut contre avoué*, parce qu'il est prononcé contre la partie dans la personne de son avoué, qui ne se présente pas pour conclure.

Ces deux espèces de défaut sont les mêmes que ceux qu'admettait l'ordon-

---

(1) *V.* pour les tribunaux de première instance nos Questions sur l'art. 434.

nance sous la dénomination de *défaut faute de se présenter*, et *défaut faute de plaider*, sauf cette différence qu'ils s'obtiennent tous les deux à l'audience, tandis que le premier se levait au greffe. (*Déclarat.* du 12 juillet 1695.)

Le Code a supprimé le défaut *faute de fournir les défenses*, qui se levait également au greffe, formalité qui n'avait pour but que de faire courir un nouveau délai, dont il fallait attendre l'expiration pour obtenir l'adjudication du profit, qui n'est aujourd'hui retardé par aucun délai nécessaire (1).

Un jugement, quoique rendu par défaut, n'en est pas moins un véritable jugement, et, par conséquent, il a tous les effets d'une décision contradictoire, si ce n'est que la loi accorde au défaillant la faculté d'en prévenir l'exécution par la voie d'*opposition*.

On peut définir l'*opposition* un acte par lequel une partie condamnée sur défaut se pourvoit devant le même juge, à l'effet de lui faire rapporter le jugement qu'il a rendu, et d'en obtenir un nouveau.

Ainsi, ce genre de pourvoi produit deux effets :

1° Il remet en question et oblige de juger contradictoirement ce que le tribunal avait jugé par défaut;

2° Il suspend par conséquent l'exécution du jugement, à moins toutefois qu'il ne soit susceptible de l'exécution provisoire, soit de plein droit, soit d'après la décision du juge. (Art. 135.)

Dans les tribunaux de première instance, l'opposition est soumise, quant aux délais et quant aux formes, à des règles différentes, suivant que le jugement par défaut contre lequel elle est dirigée, est rendu contre partie ou seulement contre avoué. — (*V.* les art. 157 à 164 inclus.)

ART. 149. Si le défendeur ne constitue pas avoué, ou si l'avoué constitué ne se présente pas au jour indiqué pour l'audience (2); il sera donné défaut.

T. 29. et 82. [Comm du Tarif, t. 1er, p. 225, nos 1et 2.] — Ordonn. de 1539 de François Ier, art. 24. Ordonn. de 1667, tit. 5, art. 3, 1re partie. — C. pr. c., art. 19, 75, 154, 342, 343. — C. com., art. 434 et suiv.—Réglem. du 30 mars 1808, art. 21, 28, 66, 68, 69. — [Notre Dictionn. géner. de procedure, vo *Jugement par défaut*, nos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 8 *bis*, 9 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 16 *bis*, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 43, 44, 91, 92, et 123. —Devilleneuve, vo *Jugement par defaut*, nos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9 *bis*, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23. — Arm. Dalloz, vo *Jugement par défaut*, nos 9 et 36. — Locré, t. 21, pag. 279. no 3.—QUESTIONS TRAITÉES. Qu'entend-on par ces mots, *qualités posées?* en quel cas le jugement est-il réputé *contradictoire*, par ce motif que les conclusions ont été prises dans le sens de l'art. 343, C. pr. c Q. 613 *bis*.—Dans quel cas un jugement serait-il réputé par défaut, quoique l'avoué se présentât à l'audience? Q. 614.—Lorsqu'un avoué ne s'est constitué que pour défendre à un declinatoire le jugement qui intervient par défaut sur le fond, est-il par défaut contre avoué? Q. 614 *bis*. — Dans quel cas un jugement est-il réputé contradictoire, quoique l'avoué n'ait pas pris de conclusions? Q. 615. — Lorsque le demandeur a obtenu jugement par défaut, peut-il s'en désister s'il aperçoit qu'il a demandé moins que son dû, pour former une nouvelle demande qui comprenne sa créance tout entière? Q. 615 *bis*. — Dans le cas où la cause n'a point été conclue, le jugement par défaut qui intervient est-il rendu faute de constitution d'avoué, ou faute de plaider? Q. 616. — Lorsqu'à une première audience une cause

---

(1) Il est vrai que le Code ne prescrit positivement de donner défaut que dans les circonstances ci-dessus indiquées; mais il est à remarquer néanmoins que l'on peut distinguer quatre espèces de défaut, savoir: 1° faute de constituer avoué; 2° de faire présenter l'avoué constitué afin de conclure; 3° de produire dans une instruction par écrit. (*C. pr.*, *art.* 113); 4° de conclure ou de plaider, bien que l'avoué se présente. — (*V. Berriat St.-Prix*, p. 255, not. 7.)

(2) Le défaut se donne à l'audience, mais sauf la remise des pièces sur le bureau, si le tribunal le juge nécessaire pour vérifier les conclusions du demandeur, aux termes de l'art 150 — (*V.* art. 116, C. pr.)

été tenue pour continuée, le jugement qui intervient plus tard, est-il contradictoire ou par défaut ? Q. 616 *bis*. (1)

CIX. Il résulte des termes de l'article ci-dessus, qu'il ne peut être donné défaut que dans ces deux cas, celui où le défendeur n'a pas constitué avoué, ainsi que le veut l'art. 75, et celui où, après avoir constitué avoué, il ne se présente pas au jour indiqué pour l'audience (2). **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 1 et s.

---

(1) JURISPRUDENCE.

[[Nous pensons que :

1° Un jugement doit être considéré comme rendu par défaut, lorsque le concours d'un juge nouveau, nécessitant de nouvelles conclusions, une des parties n'en reprend pas de nouvelles. (*Cass.* 10 flor. an 13; *J. Av.* t. 15, p. 291, *sic.* après un arrêt de partage. — *Amiens*, 19 juill. 1821, *J. Av.*, t. 23, p. 242.) — Lorsqu'il déclare une partie déchue de la faculté de prêter serment, faute par elle de se présenter au jour indiqué. — (*Amiens*, 12 août 1826 ; *J. Av.*, t. 35, p. 129.)

2° Lorsque la partie en faveur de laquelle le jugement par défaut a été rendu, a anticipé sur l'assignation de la partie défaillante, et a obtenu un jugement de débouté d'opposition, à l'échéance du délai de sa propre assignation, l'autre partie ne peut utilement se présenter à l'audience et obtenir un second jugement par défaut sur son assignation. (*Paris*, 14 juin 1814 ; *J. Av.*, t. 15, p. 389.)

3° Le jugement est faute de comparaître lorsque la partie n'est pas appelée — (*Rennes*, 18 sept. 1813 ; *J. Av.*, t. 15, p. 381) ou lorsque l'avoué n'a été constitué qu'après le jugement de défaut. — (*Caen*, 3 mai 1815 ; *J. Av.*, t. 15, p. 379.)

4° Lorsque des jugements par défaut ont été rendus dans la même cause, le premier seul est soumis au droit proportionnel ; pour le second il ne doit être payé que le droit fixe. — (*Décision* du ministre des finances du 13 mai 1836 ; *J. Av.*, t. 50, p. 316.)

5° Un jugement ne perd pas son caractère de jugement par défaut contre partie ayant avoué, lorsque le tribunal a commis un huissier pour le notifier. Cette commission ne peut changer la nature du jugement, ni nuire à celui en faveur duquel il a été rendu. — (*Cass.*, 12 mars 1816 ; *S.*, t. 16, 1re part., p. 167 ; et *J. Av.*, t. 15, p. 399.)

6° La partie qui a obtenu un semblable jugement, et qui, après l'avoir fait notifier à l'avoué adverse le fait aussi notifier à partie par l'huissier commis, n'est pas censée avoir reconnu qu'il est rendu faute de constitution d'avoué ; loin de là, le contraire résulte de la signification faite à l'avoué avant celle signifiée à la partie. — (*Même arrêt.*)

7° Les jugements rendus contre la régie de l'enregistrement, sans que cette administration ait fait signifier des défenses, ne cessent pas d'être des jugements par défaut susceptibles d'opposition, et ne deviennent pas contradictoires par cela seul qu'ils ont été précédés des conclusions du ministère public. — (*Cass.*, 2 juillet 1807 et 11 mars 1812 ; *S.*, t. 12, 1re part., p. 255 ; *J. Av.*, t. 9, p. 218 et t. 15, p. 299.) — Il en serait de même du cas où l'État étant représenté par un avoué, cet avoué ferait défaut ; car en admettant que l'État soit dispensé de constituer avoué (*V.* t. 1er, art. 75), rien ne peut le dispenser, s'il remplit cette formalité imposée à tous les plaideurs en général, de suivre alors les formes ordinaires de la procédure ; ce serait un double privilége nuisible aux intérêts de la justice, parce qu'il pourrait induire en erreur la partie adverse de l'État. — *Poitiers*, 5 février 1829 ; *J. Av.*, t. 37, p. 64.) — Même décision dans le cas où le ministère public, chargé de soutenir les intérêts de l'État ou d'une administration, a refusé de prendre des conclusions à l'audience faute de renseignements. (*Lyon*, 22 juin 1831 ; *J. Av.*, t. 41, p. 674.) — Mais les jugements contre la régie deviennent définitifs dès qu'il y a eu des mémoires respectivement signifiés, et encore bien que la cause ait été jugée peu après la production d'un mémoire auquel l'adversaire aurait eu intérêt de répondre. — (*Cass.*, 13 fév. 1815 ; *S.*, t. 15, 1re part., p. 283. *V.* notre Question 381.]

(2) Pour obtenir défaut *faute de constitution d'avoué*, il faut que les délais de l'assignation soient expirés. Nulle formalité préalable n'est exigée, si ce n'est celle que prescrit l'art. 153, pour les cas où il y a plusieurs parties assignées, dont quelques-unes n'auraient pas constitué avoué. [Doctrine incontestable et qui cependant a été contestée ; par arrêt du 14 niv. an 8, la Cour de cassation l'a consacrée. (*J. Av.*, t. 15, p. 34. — Une simple sommation d'audience faite avant l'expiration des délais, ne vicierait pas le jugement rendu après les délais. — (*Toulouse*, 3 juin 1817 ; *J. Av.*, t. 15 p. 405.)]

Il n'en est pas de même à l'égard du défaut faute de plaider : un avenir à l'avoué constitué est nécessaire ; et, pour que le jugement définitif soit valablement obtenu par défaut sur le fond, il faut que toute instruc-

[**613** bis. *Qu'entend-on par ces mots* qualités posées (1) ? — *En quel cas le jugement est-il réputé* contradictoire, *par le motif que les conclusions ont été prises dans le sens de l'art.* 343 *du Code de procédure ?*

M. CARRÉ, sans s'expliquer sur ces mots de nouveau style, *qualités posées*, s'est exprimé dans les deux derniers paragraphes de sa question 615, en termes tels qu'on devrait supposer qu'il réputait une cause en état et un jugement

---

tion qui aurait été ordonnée, ait été faite; que tout incident qui exigerait une décision préalable, ait reçu cette décision. — (*V. Pigeau*, t. 1, p. 469; *Delaporte*, t. 1, p. 154; *Demiau Crouzilhac*, p. 127.)

Il est essentiel de rapprocher l'art. 149 de l'art. 154, et conséquemment l'on admettra que le défendeur qui a constitué avoué peut également prendre défaut contre le demandeur qui ne *comparaîtrait pas pour plaider*: c'est ce défaut que l'on appelle *congé*. — (*V.* ci-dessus, p. 1.)

Un défaut, faute de constitution d'avoué, ne peut en effet être obtenu contre le demandeur, puisque l'art. 61 l'oblige à constituer un avoué dans son exploit d'ajournement.

M. Delaporte, t. 1, p. 154, admet encore le défaut *faute de défendre;* mais il nous paraît évident que cette troisième espèce de défaut n'existe plus aujourd'hui. — (*V.* ci-dessus, p. 2.)

On la connaissait autrefois, parce que, dans toutes les causes non sommaires, le défendeur était *obligé*, avant de plaider sa cause, de signifier un écrit de défense. Or, cette obligation a été supprimée par le Code de procédure.

Si l'art. 77 donne au défendeur un délai pour signifier ses défenses, l'usage de cette faculté est abandonné à sa volonté, comme le prouve l'art. 154, en permettant au défendeur de suivre l'audience après une simple constitution d'avoué.

Ainsi le demandeur n'obtient véritablement qu'un défaut faute de plaider, et non un défaut faute de défendre, puisque l'écrit de défense n'est que facultatif.

De nouvelles preuves de cette proposition se trouvent, au reste, dans l'examen que nous avons fait t. 1er de la Question 396.

[*MM. Poncet*, t. 1, p. 88, et *Pigeau*, t. 1, p. 501, pensent avec raison que les juges sont forcés de donner défaut, à peine de déni de justice.

M. Pigeau, Comm., t. 1, p. 341, se demande si un avoué assigné en son nom personnel peut faire défaut *faute de comparaître*, et il décide, ce qui est évident, que jusqu'à sa constitution on doit le considérer comme un simple particulier, et que par conséquent le jugement ne peut pas être considéré comme jugement par défaut faute de plaider.]

(1) En droit, que veulent dire ces mots *qualités posées? en langage ordinaire*, il semblerait que ce serait un consentement judiciaire à être considéré dans l'instance sous telle ou telle qualité, soit d'héritier, soit d'associé, soit de communiste, etc. Les *qualités* d'un individu qui plaide, prises au figuré, paraîtraient devoir s'appliquer à sa qualification judiciaire; mais on ne conçoit plus l'extension donnée à ces deux mots, lorsqu'ils deviennent l'équivalent de *conclusions contradictoires*. Le décret de 1808 ne confond pas ces deux modes de s'exprimer, car il dit, art. 28, *poser les qualités*, et *prendre les conclusions*. Art. 69, de *poser les qualités*, et *prendre les conclusions*. Art. 70. *Soit pour plaider, soit pour poser qualité*. — Ainsi donc, *poser qualités*, *prendre des conclusions* et *plaider*, sont trois choses distinctes et différentes. *Prendre des conclusions* et *plaider*, on conçoit ces deux actions judiciaires; mais *poser qualités*, c'est inintelligible quand la pratique ne vous a pas dit: c'est la même chose que *prendre des conclusions contradictoires*. Aussi le Code de procédure n'a-t-il jamais employé les mots *poser qualités*. — *M. Berriat-Saint-Prix*, 6e édition, pag. 270, note 15, s'exprime ainsi: « *Poser les qualités*, c'est-à-dire « désigner les parties, énoncer les qualités « en lesquelles elles agissent, et prendre « verbalement les conclusions. » Nous croyons que, même en pratique, M. *Berriat* est dans l'erreur, parce qu'au palais, *poser qualités*, veut dire prendre des *conclusions par écrit*. — C'est ce qui résulte aussi de l'arrêt de la Cour de cassation de 1834, dont nous parlerons dans le cours de la discussion qu'on va lire, et qui met complétement sur la même ligne les *qualités posées* et les *conclusions contradictoirement prises*. — Nous croyons toutefois devoir rapporter ici le passage d'un des réquisitoires de *M. Merlin*, v° *Loi*, §. 5, n° 9, où ce savant magistrat, contrairement à notre opinion, admet les qualités posées, comme liant contradictoirement une cause. Voici comment il s'exprime:

contradictoire, toutes les fois que des conclusions avaient été contradictoirement prises à une audience, quelle qu'elle fût, si on ne trouvait pas sous l'article 343, quelques lignes qui empêchent de donner cette portée à son opinion. La gravité de la question nous a paru mériter une solution distincte et dominant la matière des jugements par défaut. Nous ferons remarquer que MM. Bonnesne, t. 3, p. 121; Boitard, t. 1, p. 574; Poncet, t. 2. p. 62; Favard de Langlade, t. 5, p. 165; Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 341, et Thomine-Desmazures, t. 1, p. 282, ont émis, en termes généraux, une opinion semblable à celle de M. Carré sans lui donner aucun développement et sans parler des *qualités posées*. Quant à la jurisprudence, de nombreux arrêts peuvent être indiqués, cependant quelques-uns d'entre eux n'ont pas jugé la question dans les termes où nous voulons la placer et telle qu'elle résulte de l'usage suivi à Paris depuis plus de trente ans. Il nous suffit de renvoyer pour ces arrêts au *Journal des Avoués*, t. 5, p. 359;

« Ce n'est pas sur les conclusions que les parties prennent par requêtes dans les causes verbales, que les juges doivent arrêter leur attention. Dans les causes de cette nature, les requêtes des parties ne passent pas sous les yeux des juges. Les juges ne prononcent que d'après les plaidoiries, et conséquemment ils ne peuvent connaître que les conclusions qui ont été prises à leur audience, et conséquemment encore ces conclusions sont les seules sur lesquelles ils doivent et puissent statuer.

« Les conclusions prises à l'audience sont donc nécessairement dans l'intention des parties, les seules auxquelles les parties entendent se tenir; elles constituent, elles fixent donc, dans l'intention des parties, le véritable et seul état des contestations à juger; les parties qui prennent à l'audience des conclusions différentes de celles qu'elles ont précédemment prises par des requêtes signifiées, renoncent donc virtuellement à celles-ci. Et voilà pourquoi le législateur a pris un soin tout particulier de constater authentiquement les conclusions que les parties prennent à l'audience.

« Prendre des conclusions à l'audience, c'est ce qu'on appelle à Paris *poser les qualités*. Or, voici ce que porte à cet égard le réglement arrêté par la Cour d'appel de Paris, en exécution de l'article 40 de la loi du 27 ventôse an 8, et approuvé par le gouvernement le 29 thermidor an 11.

« Art. 23. Les causes seront portées à l'audience sur une simple citation de la partie la plus diligente. Si l'avoué de l'autre partie ne comparaît pas, celui qui a poursuivi l'audience déposera sur le bureau les conclusions signées de lui, et il lui sera accordé défaut.

« Art. 26. Lorsque deux avoués seront contradictoires et poseront des qualités, ils donneront, s'ils ne l'ont déjà fait, leurs conclusions motivées signées d'eux, ainsi qu'il a été précédemment expliqué.

« Art. 27. Les qualités une fois posées, le tribunal indiquera un jour fixé pour la plaidoirie de la cause.

« Art. 31. Lorsque les avoués changeront les conclusions par eux déposées, ou qu'ils prendront sur le barreau des conclusions nouvelles, ils seront tenus d'en remettre au greffier des copies signées d'eux.

« Pourquoi toutes ces précautions? Pourquoi exiger que les avoués signent les conclusions qu'ils prennent? Pourquoi exiger que ces conclusions, ainsi signées d'eux, soient déposées au greffe? C'est évidemment, comme nous l'avons dit, parce que ces conclusions sont les seules que les juges doivent considérer, parce que, dès là, ce sont aussi les seules que les parties sont censées prendre, parce que les parties qui les prennent sont censées renoncer à celles qu'elles ont précédemment prises.

« Combien donc les demandeurs ne s'éloignent-ils pas de la vérité, lorsqu'ils viennent vous dire que les conclusions prises à l'audience en *posant les qualités* ne sont pas de véritables conclusions; qu'elles sont absolument insignifiantes, et que, dans l'usage, on ne considère comme conclusions proprement dites que celles qui ont été prises par des requêtes signifiées ou sur le barreau? Les conclusions prises à l'audience, en *posant les qualités*, sont tellement des conclusions véritables qu'il est d'une jurisprudence invariable de regarder comme contradictoires et inattaquables par la voie d'opposition les jugements qui, après des *qualités posées*, interviennent sur la présentation d'une seule des parties au nouveau jour indiqué par le tribunal; et l'on est si loin de regarder les conclusions prises par des requêtes signifiées ou sur le barreau, comme les seules qui doivent fixer les regards des juges, que si les juges ne les retrouvent pas dans les conclusions déposées dans leur greffe, ils ne peuvent pas, ils ne doivent pas même s'en occuper. »

t. 8, p. 311, t. 15, p. 309, t. 34, p. 122, et t. 47, p. 585; sur la difficulté, on cite comme positifs les arrêts de la Cour de cassation du 17 vendémiaire an 13, de la Cour de Besançon du 17 janvier 1811, et de la Cour de cassation du 24 avril 1834, qui réputent contradictoire tout jugement obtenu après qualités posées; ce dernier arrêt, rendu sur le rapport de M. Moreau, ancien président du tribunal de première instance de la Seine, s'est fondé sur ce qu'*aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que les qualités soient posées avant la mise au rôle, et n'exige qu'elles soient posées de nouveau au jour indiqué pour plaider.* (*J. Av.*, t. 15, p. 290 et 353, et t. 47, p. 694.) On oppose deux arrêts, l'un de la Cour de Metz du 18 juin 1818 qui ne répute pas contradictoire un jugement après *qualités posées*, mais seulement après conclusions respectivement prises à l'audience et remises au greffier en conformité de l'art. 71 du décret du 30 mars 1808, l'autre de la Cour de cassation, du 14 août 1832, dont voici le texte: « Attendu que les conclusions de « forme prises le 16 février devant la Cour royale, par les parties, à l'effet « d'obtenir le classement de la cause, ont pu ne pas être considérées par la- « dite Cour comme des conclusions définitives et contradictoires prises pour « engager la cause, puisque l'arrêt indiquait l'audience du 23 pour « engager la cause et prendre ces conclusions définitives; que l'art. 343 du « Code de procédure ne répute la plaidoirie commencée, et par conséquent « l'affaire en état, que lorsque les conclusions sont prises au jour où l'audience « a été indiquée par le rôle. » (*J. Av.*, t. 15, p. 410, et t. 47, p. 697.) Notre honorable ami, M. BILLEQUIN, l'un des rédacteurs du *Journal des Avoués*, a rapporté l'arrêt de 1834 dans ce journal, en l'accompagnant d'observations dont nous emprunterons quelques passages :

« La question de savoir si le jugement est *contradictoire*, lorsque les qualités ont « été posées, comme c'est l'usage à Paris, avant que la cause ait été mise « au rôle, est très grave, et ce qui le prouve, c'est que la chambre civile a « adopté une opinion diamétralement contraire à celle de la chambre des re- « quêtes. Il est certain qu'il y a beaucoup d'inconvénients dans la pratique « à faire prendre aux avoués des *conclusions au fond* avant que l'affaire soit « instruite, avant même qu'elle ait été renvoyée au rôle; il arrive ainsi fort sou- « vent qu'une partie succombe sans avoir été défendue, sans que ses moyens « aient été développés. Si donc le jugement, dans ce cas, est réputé *con- « tradictoire*, la voie de l'opposition n'étant plus recevable, il en résulte pour « la partie un préjudice d'autant plus grand, qu'il sera quelquefois irréparable. « N'est-ce pas une *fiction* bien forte et bien dangereuse, que de supposer « qu'une partie a été défendue, parce que plus d'un an peut-être avant que « la cause ait été appelée en ordre utile, les avoués ont pris des conclusions « que les juges n'ont même pas écoutées, et qui, dans tous les cas, n'ont dû lais- « ser aucunes traces dans leur esprit? Ne serait-il pas plus raisonnable de « s'en tenir à la vérité, et de ne réputer les plaidoiries commencées, que lors- « que les conclusions ont été sérieusement prises, et le débat contradictoire- « ment engagé, c'est-à-dire à l'audience où la cause a été appelée en ordre « utile? »—Cependant M. Billequin critique les motifs de l'arrêt de 1832, en faisant remarquer que l'art. 343 ne porte pas ce que la Cour de cassation lui fait dire, mais seulement : *Que la plaidoirie est réputée commencée, quand les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience*, et non pas *au jour où l'audience est indiquée par le rôle* « Or, dit en terminant cet auteur, si l'on se re- « porte à l'art. 28 du décret du 30 mars 1808, on voit que *le premier jour d'au- « dience* de chaque semaine, le président doit faire appeler un certain nombre « de causes, dans lesquelles il doit *poser les qualités et prendre les conclusions*, en « INDIQUANT UN JOUR POUR PLAIDER. Par conséquent d'après cette disposition, « combinée avec l'art. 343, il est manifeste que c'est bien à l'*audience où les*

« *conclusions ont été prises*, et non pas *à celle indiquée pour plaider*, que la cause « est liée, et que le débat devient contradictoire; ainsi, en droit, le système « de la chambre des requêtes est mieux établi que celui de la chambre civile; « il est d'ailleurs conforme à un usage constamment suivi à Paris. »

Cet usage gâte notre code, aurait dit sans doute l'auteur de la théorie, s'il avait examiné cette bizarre procédure : tel est notre avis du moins ; et notre conviction ne pourrait céder qu'à l'évidence d'un texte. Ce texte existe-t-il ? Nous ne le pensons pas. M. Billequin a écrit que la chambre civile de la Cour de cassation avait fait dire à l'art. 343 ce qu'il ne disait pas : ce n'est pas le texte que cette Cour a voulu citer ; mais elle parlait de l'esprit de l'article; en effet, il suffit de lire le rapport de M. Perrin au Corps législatif, pour savoir ce que le législateur entendait par la *mise en état* d'une cause. « Le changement d'état, « le décès de l'une des parties, la cessation des fonctions de l'un des avoués, « peut suspendre l'instruction ; mais ce ne doit pas être *lorsque les parties ont* « *épuisé leurs moyens de défense, ou lorsque les fonctions de l'avoué sont devenues* « *superflues;* c'est ce que le projet appelle la CAUSE EN ÉTAT. » (*Locré*, t. 21, p. 625.) M. CARRÉ lui-même, s'étayant de ce passage de l'orateur du gouvernement, a exposé en ces termes les motifs de l'art. 343 : « Pour l'intelligence et l'applica- « tion, a-t-il dit, de l'art. précédent, la loi ici indique en quelles circonstances « une cause est réputée en état d'être jugée. L'auteur de l'exposé des motifs de la « loi genevoise, p. 167, s'exprimait ainsi sur la disposition que contient à ce sujet « notre art. 343 : «Quelque pénétration que nous soyons disposés à reconnaître « dans nos juges, nous l'avouerons, notre esprit se refuse à admettre *une* « *plaidoirie commencée*, une simple expiration de délais, comme suffisante pour « garantir la bonté de leurs décisions. » « Aussi l'art. 274 de cette loi ne réputet-il la cause en état qu'autant que la plaidoirie est terminée, ou si l'in- « struction par écrit qui en tient lieu est complète. Il semblerait, d'après ces « observations, que la loi française autoriserait de passer outre au jugement « après le commencement des plaidoiries ou l'expiration du délai, et avant « qu'elles fussent terminées. Ce serait alors qu'il serait exact de dire qu'il n'y « aurait pas de garantie suffisante de la bonté de la décision, mais l'art. 343 « n'établit point cette injuste conséquence ; il n'exprime pas autre chose, si « ce n'est qu'en conformité de l'art. 342, il n'y aura pas lieu à reprise d'in- « stance, *lorsque l'instruction de la cause sera parvenue au degré qu'il indique.* « Les plaidoiries sont donc continuées, si cette cause est orale, et si l'instruc- « tion par écrit a été ordonnée, la forclusion est acquise contre ceux qui au- « raient pu reprendre l'instance. Ainsi, le reproche que l'on a fait ici à notre « législation ne nous paraît pas fondé. »

Ainsi, c'est pour combattre l'opinion genevoise, que M. Carré a cherché à démontrer, que les plaidoiries étaient continuées, et l'instruction par écrit menée à fin; mais aucun mot du passage que nous venons de citer ne peut permettre de supposer qu'il réputait les plaidoiries commencées par des conclusions prises avant le classement de l'affaire, à une époque où l'on ignore même s'il y aura plaidoirie ; et si cette interprétation eût été dans sa pensée, il eût conçu parfaitement l'innovation du législateur de Genève, et il ne l'eût pas critiquée si amèrement, pour venger notre Code d'un reproche de légèreté. Nous dirons en passant que l'innovation genevoise nous paraît fort sage, parce que les fictions en droit, et surtout en droit pratique, ont toujours leur côté dangereux. Mais revenons à la question qui en ce moment fait l'objet de notre examen, et constatons que le texte de l'art. 343 parle de *plaidoiries*, et non de simples conclusions déposées à la hâte, et que le législateur, expliquant sa pensée, a voulu que la fiction de *conclusions réputées plaidoiries*, ne fût possible qu'au mo-

ment où *les fonctions de l'avoué sont devenues superflues.* Qu'on veuille bien réfléchir à la place de l'art. 343. C'est l'explication des mots d'un article fort sévère, (342) qui suppose que *les parties ont épuisé leurs moyens de défense*, et n'ont plus besoin d'avoué. Et on fausserait cette prescription du législateur, au point de priver une partie de tout défenseur au moment même où l'affaire prend place sur les rôles d'un tribunal, de priver un héritier du droit d'examiner à nouveau une affaire qui a dormi deux ans sur les rôles, qui n'a jamais été indiquée aux audiences de plaidoirie, et que le bizarre usage que nous combattons répute en état de *plaidoiries commencées!* Ah! c'est alors que toutes les législations étrangères devraient s'empresser, en empruntant nos lois de procédure, d'expliquer la *mise en état*, de manière à proscrire une interprétation aussi abusive (1).

Mais on oppose l'usage constant depuis 30 ans à Paris, et le décret du 30 mars 1808.

Quant à l'usage, on insiste, et on soutient que toute autre procédure serait impossible *à Paris.* S'il nous était démontré qu'à Paris il faut une procédure particulière, comme il faut une loi d'attributions municipales et des lois de police, une loi sur la garde nationale, ne s'appliquant qu'à cette capitale, nous ne chercherions pas pour cela, en faisant injure au législateur de 1807,

---

(1) Nous avons extrait des observations des Cours d'appel, sur le projet du Code de procédure, quelques passages que nous croyons utiles de consigner ici, parce qu'ils serviront à démontrer en quel sens l'article 343 a été entendu en 1807.

AGEN.— Une affaire d'audience n'est tenue en état que lorsqu'il ne reste plus qu'à opiner et prononcer le jugement, mais il reste autre chose à faire apres que les conclusions auront été contradictoirement prises, si la partie publique, qui ne juge point, doit être entendue. Il faut donc ajouter à la suite du mot *prises* ces mots : *et après avoir entendu la partie publique.*

COLMAR. — L'affaire ne *saurait guère être en état* que lorsque les plaidoiries respectives sont *achevées.* Chaque avoué prend ses conclusions en tête de sa plaidoirie ; le premier plaidant peut avoir conclu et plaidé, le second peut avoir conclu; et, soit qu'il ait commencé ou non sa plaidoirie, ou que la cause ait été remise, ou que, par événement, il décède ou donne sa démission, ou qu'il soit frappé de destitution avant qu'il ait plaidé ou fini sa plaidoirie, il est vrai de dire, comme le porte l'article, que les conclusions ont été prises contradictoirement; et cependant *l'affaire se trouvera ne pas être instruite*, et ainsi *ne pas être en état d'être jugée.* A la vérité, le cas arrivant en première instance, pourrait être réparé sur l'appel; mais en cause d'appel, l'inconvénient serait grave; on pourrait y parer en rédigeant l'article ainsi: « Dans le cas « de décès de l'une des parties, l'affaire sera « censée en état lorsque la plaidoirie sera commencée, et la plaidoirie commencée, quand « les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience; mais dans le cas « de décès, démission, interdiction et destitution des avoués, l'affaire ne sera en état « ès-cours d'appel que lorsque les plaidoiries « se trouveront achevées.

LIMOGES. — La seconde disposition de cet article aurait des conséquences dangereuses : un avoué aura compté sur quelques délais en sus de ceux de la loi, par condescendance de son confrère, ou par complaisance du juge (et quoi qu'on puisse faire, jamais les délais ne seront observés à la rigueur), en cet état, l'avoué décédera : faudra-t-il que parce que les délais de produire sont expirés, la partie soit alors jugée par défaut et condamnée faute d'avoir déduit ses moyens ? Il y aurait visiblement précipitation injuste. Disons plutôt, avec l'ancienne ordonnance, que le procès par écrit ne sera réputé en état que lorsque les pièces seront sur le bureau. *Il faut être en garde contre la surprise en matière de procédure.*

TRÈVES. — L'affaire sera en état lorsque la plaidoirie sera commencée; la plaidoirie sera réputée commencée, quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience. Dans les affaires qui s'instruisent par écrit, la cause sera en état quand l'instruction sera complétée, ou quand les délais pour les productions et réponses seront expirés *Ces deux articles peuvent conduire à de grandes injustices, en ce qu'il peut arriver que le juge soit forcé de prononcer sans parfaite connaissance de cause.*

a gâter son ouvrage, nous réclamerions une loi nouvelle pour la procédure du département de la Seine. Mais l'usage en lui-même nous paraît mauvais. Pourquoi serait-il bon à Paris? Parce que, dit-on, sans cette fiction, les oppositions seraient trop nombreuses. Il y a un remède à cet abus. Si la partie qui a réellement été condamnée par défaut avait raison, son opposition est désirable, puisqu'elle empêchera la consécration d'une injustice. Si elle avait tort, et que ce ne soit qu'un moyen de prolonger de mauvaises chicanes, condamnez-la à des dommages-intérêts, et si on s'apercevait, ce qui n'est pas supposable, que quelques avoués laissassent prendre des défauts, soit pour obtenir des délais plus longs, soit pour augmenter les frais de procédure, déclarez frustratoire le premier jugement, mettez-en les frais à la charge de l'officier ministériel, et s'il recommence, provoquez son remplacement, parce qu'il est du devoir des officiers ministériels de seconder les vues économiques du législateur; l'usage que nous combattons en a produit un non moins bizarre. Comme il est de jurisprudence constante qu'une fois des conclusions prises sur le fond (1), les exceptions de procédure ne sont plus proposables, et qu'à l'appel de la cause pour la mise au rôle, on a besoin le plus souvent d'un délai, des conclusions qu'on appelle *exceptionnelles* sont posées; dans ces conclusions, on se borne à demander la communication des pièces; sur cet incident, qui est pour ainsi dire obligé dans toutes les affaires, la cause est retenue pour observations; l'adversaire offre cette communication, quelquefois même il est rendu un jugement qui l'ordonne; l'avoué qui l'a demandée conserve les pièces aussi longtemps qu'il le trouve nécessaire, et il les rend lorsque, connaissant son affaire, il est en état de *poser qualités au fond*, c'est-à-dire de consentir à la *fiction* qu'on veut découvrir dans l'art 343. Voilà un véritable abus qui augmente les frais, et qui cependant est la conséquence nécessaire de l'usage adopté depuis tant d'années.

Examinons maintenant le décret du 30 mars 1808. Nous n'allons pas jusqu'à soutenir que les conclusions contradictoirement prises à l'audience, et l'affaire continuée à huitaine comme cause commencée, la plaidoirie n'est pas censée commencée. (*V.* notre *Question* 616 bis.) Reportons-nous aux art. 28, 33, 67, 68, 70 et 71, et faisons observer que les deux premiers sont relatifs à la procédure d'appel, et les quatre derniers à la procédure de première instance. Les art. 28, 66, 68, sont corrélatifs. Le premier jour de chaque semaine, le président fera appeler un certain nombre de causes qui devront être plaidées dans la semaine, et pour que le cours de la justice ne soit pas interrompu, il devra faire poser qualités et faire prendre les conclusions de manière à ce que la cause soit liée contradictoirement et continuée comme cause commencée. Il est donc exact de dire, comme l'a fait la Cour de cassation en 1832, que les conclusions ne sont prises qu'au *jour où l'audience est indiquée par le rôle*, puisque c'est après que les causes ont été affichées, comme devant toutes être plaidées à telle audience, qu'à cette audience le président ne pouvant pas toutes les faire plaider le même jour, fait lire les conclusions, lie la cause, la met en état, et la continue comme cause commencée; ce sont ces mots, *En indiquant un jour pour plaider*, qui ont induit M. Billequin en erreur; mais c'est un jour de la semaine où elles ont été indiquées, ou bien un jour de la semaine suivante, parce que les plaidoiries des causes précédentes devaient absorber les audiences de la semaine indiquée pour entendre toutes les plaidoiries des causes placées sur l'af-

(1) Nous n'admettons pas la doctrine d'un arrêt de la Cour de Paris, du 6 août 1827, qui juge qu'un déclinatoire peut être proposé, même après qu'à l'audience des conclusions sur le fond ont été prises, *lorsqu'elles n'ont pas été signifiées.* (*J. Av.*, t. 34, p. 122.)

fiche. Et qu'on remarque bien ces mots des articles 28 et 68, *un certain nombre de causes*, et non pas *toutes les causes mises à l'affiche*. Qu'on nous dise si c'est *un certain nombre de causes* dans lesquelles on fait, à Paris, prendre des conclusions contradictoires. Il y a là un devoir imposé par le législateur au président de chaque tribunal; c'est à lui à calculer quel sera, selon leur gravité, le nombre de causes plaidées ou jugées dans la semaine. En lier contradictoirement un plus grand nombre, c'est exposer les parties aux dangers de changements d'état, sans qu'il leur soit possible d'obtenir des reprises d'instance, et à bien d'autres inconvénients que nous avons déjà signalés. A cette première audience de chaque semaine, les présidents doivent faire, ce que font à la Cour de cassation les avocats généraux, et ce qui se pratique aux audiences des tribunaux pour chaque audience, l'indication des causes à plaider et à juger. Dépasser ce nombre, c'est méconnaître le texte et l'esprit des art. 28 et 68 du décret. — Mais il existe dans ce décret, trois autres articles qui confirment de plus fort notre opinion. Ce sont les numéros 33, 70 et 71. En première instance, comme en appel, le législateur veut que dans chaque affaire les conclusions qui fixent le litige soient remises au greffier; cette prescription ne concerne pas seulement le demandeur; elle s'adresse aux deux parties. Ces conclusions doivent être remises dans les trois jours qui précèdent les *plaidoiries contradictoires;* ces articles parlent aussi de la pose des qualités et des conclusions à prendre; mais ils se rattachent évidemment aux art. 28 et 68, qui ne parlent de qualités à poser, de conclusions à prendre, que le premier jour d'audience de la semaine où le président doit faire plaider la cause. Toutes ces idées, toutes ces dispositions s'harmonisent, se coordonnent, sans qu'on trouve un seul mot, duquel il résulte qu'une partie peut être forcée de prendre des conclusions contradictoires à une autre audience qu'à celle où son affaire, sortie du rôle, placée sur l'affiche, est indiquée par le président, comme devant être plaidée dans la semaine. Il n'est pas loisible à chaque président, à chaque tribunal, à chaque Cour de créer des dispositions réglementaires, surtout dans une matière longuement réglementée, et dont la gravité a préoccupé et les tribunaux consultés en 1807, et le législateur de cette époque.

Quant à nous, nous en tenant au texte de l'art. 342 du Code de procédure, et des articles 28, 33, 67, 68, 70 et 71 du décret du 30 mars 1808, nous ne reconnaissons une cause liée contradictoirement, que si elle a subi le rôle, l'affiche, et qu'elle a été indiquée à une semaine pour être plaidée, à moins que par motif d'urgence, le président ne l'ait indiquée *pour être plaidée* à une plus prochaine audience.]] Voy. sous l'art. 343, n° CCLXXXV et **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 12 et s.

614. *Dans quel cas un jugement serait-il réputé par défaut quoique l'avoué se présentât à l'audience ?*

La solution de cette question se trouve dans les trois arrêts de la Cour de cassation, dont nous allons rappeler sommairement les décisions:

1° Un avoué déclare à l'audience n'avoir plus de pouvoirs pour représenter sa partie; le jugement qui intervient est rendu par défaut; mais il faut remarquer qu'il est des cas où l'avoué ne pourrait exciper du défaut de pouvoir: par exemple, lorsqu'il s'agit de l'exécution des jugements rendus dans une cause où il aurait occupé (1). *(Arrêt* du 22 niv. an 7, *J. Av.* t. 15, p. 285. *V.* art. 1038.)

2° Si l'avoué, en proposant une fin de non-recevoir, déclare n'avoir pas pouvoir de plaider sur le fond, ou ne vouloir plaider, le jugement rendu sur le fond serait encore par défaut.—*(Cass.*, 1er niv. an 8, et *Metz*, 18 juin 1818, *J. Av.*

(1) Sur la question de savoir si l'avoué est tenu d'occuper sur l'instance de requête civile et de lief de comminatoire *V.* nos *Questions* sur les art. 480 et 488.

t. 15, p. 286 et 410.) Cependant un autre arrêt de la Cour de cassation, du 1er germinal an 10, a décidé qu'un jugement rendu sur le fond, en présence de la partie (de son avoué), est réputé jugement contradictoire ; mais on reconnaîtra qu'il n'existe point d'opposition entre ces arrêts, si l'on considère que le dernier a été rendu dans une espèce où le défendeur avait fait consister et avait réduit sa défense, au fond, dans l'opposition de ses moyens de forme.

[[On pourrait aussi invoquer, dans l'opinion contraire à celle de M. Carré, un arrêt de la Cour de Nîmes, du 3 vent. an XIII (*J. Av.* t. 15, p. 291); mais les motifs de cet arrêt nous paraissent complétement erronés ; car il n'est pas vrai de dire que l'avoué ait voulu laisser une porte ouverte, pour venir ensuite renouveler les débats sur les mêmes questions déjà agitées et résolues, puisque la Cour n'a pas entendu le débat sur ces questions, l'avoué ayant refusé de conclure. —Par les mêmes raisons, nous repoussons la doctrine d'un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 1er juillet 1828 (*J. Av.* t. 36, p. 22). Cet arrêt juge que lorsque l'avoué d'une partie, ou l'avoué qui le remplace, demande à l'audience la remise de la cause à une autre audience, le jugement qui prononce de suite sur le fond, sans égard à cette demande, est contradictoire, et ne peut être attaqué par opposition; cette décision nous paraît d'une sévérité inouïe; car on ne peut pas dire qu'une cause est en état, lorsqu'aucunes conclusions sur le fond n'ont été prises *contradictoirement à l'audience*, et qu'au contraire un simple renvoi a été sollicité par un confrère d'un des avoués postulant dans la cause. Quoi qu'il en soit, cet arrêt prouve quelle attention MM. les avoués doivent apporter à suivre les audiences, pour qu'en leur absence on ne prenne pas contre leurs parties des avantages irréparables.—Nous pouvons invoquer un arrêt de la Cour royale de Bruxelles, du 9 décembre 1830, trois arrêts de la Cour de cassation, des 12 mars 1816, 17 mai 1830, et 14 août 1832, *J. Av.* t. 15, p. 399, t. 39, p. 233; t. 40, p. 371, t. 47, p. 697; et l'opinion de MM. MERLIN, *Questions de droit*, t. 4, p. 518, et FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 165. Il faut consulter le n° suivant.]]

3° Il y a lieu de prononcer par défaut, lorsque le tribunal ayant préalablement ordonné que l'une des parties justifiera de suite d'un fait dont l'approfondissement est nécessaire à l'instruction de la cause, l'avoué déclare ne pouvoir exécuter ce jugement, en alléguant l'absence de son client.—(11 therm. an 2.)

[[M. Poncet, t. 1, p. 63, dit avec raison, que le jugement est contradictoire, lorsque la partie déclare s'en rapporter à la prudence des juges]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 7 et s.

[[**614 bis.** *Lorsqu'un avoué ne s'est constitué que pour défendre à un déclinatoire, le jugement qui intervient par défaut sur le fond est-il par défaut contre avoué?*

Des expressions de M. Carré, sur la question précédente, 2e §, l'affirmative paraîtrait devoir résulter. On peut tirer la même induction de quelques mots de M. Boncenne, t. 3, p. 119, mais une autorité bien grave a adopté la négative, et a décidé que, dans ce cas, le défaut était faute de comparaître. L'arrêt de la Cour de cassation est du 18 janvier 1830, chamb. civ. (*J. Av.* t. 38, p. 186.)—Toutefois, cet arrêt de *rejet* ne peut entraîner notre conviction, et nous croyons devoir adopter l'opinion contraire. Disons d'abord que devant la Cour de cassation la discussion n'a nullement porté sur cette difficulté; toute la question était de savoir si un tribunal avait pu déclarer par un second jugement qu'un jugement par défaut était rendu contre partie, après l'avoir d'abord prononcé comme étant par défaut contre avoué; aussi la Cour ne touche-t-elle la question grave qui nous occupe, que pour démontrer que l'énonciation était la suite d'une erreur que les mêmes juges pouvaient rectifier sans violer la chose jugée. « Attendu, porte son arrêt, que la Cour royale d'Aix a décidé « que Me Graffon, se renfermant dans les formes du mandat que lui avait donné « le sieur Aymes, ne s'était point constitué pour défendre au fond, mais uniquement

« ment pour proposer le déclinatoire; et qu'ainsi c'était *par erreur* que le juge-« ment du 2 juillet était qualifié par défaut contre avoué, etc., etc. » La Cour n'a donc fait qu'énoncer la question, sans l'éclairer par des motifs dignes de sa sagesse habituelle.

La Cour d'Aix, dans l'arrêt attaqué, a posé au contraire le principe dans toute sa nudité, et elle en a déduit les conséquences les plus rigoureuses; le principe nous paraît inexact; il est évident que nous devons repousser les conséquences. *La constitution d'avoué,* a dit l'arrêt, *contient le mandat du défendeur qui, maître de ne pas constituer, peut constituer avec telles restrictions et sous telles conditions qu'il juge convenables; la signification de cette constitution n'est autre chose que la connaissance légale donnée à la partie demanderesse des pouvoirs du mandat confié à un avoué.* Voilà le principe. — L'arrêt ajoute... *a déclaré ne se constituer que pour plaider sur le déclinatoire; il n'avait de pouvoir que pour un objet spécial. — Donc sur le fond, le défendeur n'était pas représenté par un avoué.* Voilà les conséquences. — Nous avons déjà examiné au titre de la Constitution d'avoué (*Question* 382), la nature d'une constitution d'avoué, qui répugne essentiellement à cet étrange système, et nous ne doutons pas que si, sur une constitution de cette nature, le demandeur portait la cause à l'audience et demandait défaut contre avoué, le tribunal ne rejetât les réserves de la constitution comme faites en dehors des formes voulues par nos lois de procédure. La constitution se résume en ces deux mots : *Me voilà.* La certitude est acquise que la partie a reçu son assignation; elle connaît le procès qui lui est intenté; elle n'est pas censée ignorer la loi : elle doit savoir que son avoué recevra des signifiations, c'est à elle à surveiller la procédure; mais après avoir dit légalement: *Me voilà*, pour une partie de la cause, elle ne peut pas retomber dans une position toute différente pour l'autre partie.

Que deviendrait donc avec ce système bizarre le défaut-joint et ses utiles résultats? Le défaut-joint qui précède toute discussion sur quelque partie de la cause que ce soit, et qui rend toute la cause contradictoire du premier acte au dernier? C'est méconnaître complétement le caractère de la constitution d'un avoué, que de parler d'un objet spécial, d'une question préjudicielle, d'un mandat restreint, etc., etc. La partie ne peut, seule, dire, *me voilà;* il lui faut la signature d'un avoué. Dès que cet avoué a signé, et a fait signifier sa signature, la partie a le droit de faire, de surveiller, et de plaider même. Elle est à la barre du tribunal; si son avoué ne veut plus occuper pour elle, elle en constituera un autre : peu importe au demandeur. L'avoué constitué par le défendeur n'est pas un mandataire à son égard: c'est la personnification judiciaire de sa partie adverse.

Nous avons la ferme conviction que si la question se produisait toute vive devant la Cour de cassation, elle y recevrait la solution qu'indique l'esprit de notre législation.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut* n. 16, 17.

615. *Dans quel cas un jugement est-il réputé contradictoire, quoique l'avoué n'ait pas pris de conclusions?*

Déjà nous avons rapporté, sur la 88e quest., un arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1806 (*J. Av.* t. 15, p. 293), qui décide que le jugement est contradictoire lorsque le défendeur se borne à déclarer qu'il n'entend ni avouer ni contester. Cette décision s'applique évidemment au cas où l'avoué ferait une semblable déclaration au nom de sa partie.

Nous ferons connaître ici quelques décisions rendues dans d'autres cas, et qui pourront concourir, avec celles rapportées sur la question 614, à résoudre les doutes qui peuvent s'élever quelquefois, sur le point de savoir quand un jugement est réputé contradictoire ou par défaut.

Nous remarquerons d'abord que toutes les fois que l'avoué présent, auquel

le tribunal vient de refuser un sursis, ou, si l'on veut, une remise de la cause, déclare ne pas entendre plaider au fond ou n'y plaide pas, le jugement serait contradictoire, si l'on devait suivre la décision de deux arrêts cités au nouveau Répertoire de jurisprudence, au mot *Opposition*, § 11.

Les auteurs du Praticien, t. 1, pag. 434, rapportent ces deux arrêts, qu'ils considèrent comme rigoureux ; mais ils paraissent penser que la décision qu'ils renferment serait la même sous l'empire du Code de procédure.

Dans notre opinion, nous croirions qu'en ce cas le jugement ne serait contradictoire qu'autant que l'avoué qui demande la remise aurait néanmoins pris des conclusions au fond. Cette opinion est fondée sur un arrêt formel de la Cour de cassation, du 17 vend. an 13, J. P. an 13, p. 385, et *J. Av.* t. 15, p. 290.

[[*V.* la *Question* 614 et nos observations sur les arrêts qui y sont indiqués. Ajoutons qu'il est maintenant de jurisprudence constante, que lorsqu'un jugement contradictoire a vidé un interlocutoire, la décision sur le fond est par défaut lorsqu'une des parties ne prend pas de conclusions sur le fond. — Arrêts de la Cour de Bruxelles des 31 oct. 1816, 12 fév. 1824, 19 nov. 1828, de la Cour de cassation, chambre civile, *cass.* du 3 fév. 1824, *J. Av.* t. 26, p. 89 et 36, p. 309. — *V.* aussi dans le même sens, M. Boncenne, t. 3, p. 119, qui pense même que le jugement serait par défaut, quoique avant l'interlocutoire, des conclusions sur le fond eussent été prises. Toutefois, il a été jugé que ces principes ne pouvaient pas s'appliquer au cas où, après l'interrogatoire d'un individu dont l'interdiction est prononcée, un administrateur provisoire est nommé (Arrêt, *Cass.*, 10 août 1825, *S.* t. 6, Ire part., p. 149), ni au cas où un juge-commissaire chargé de faire la liquidation de ce qu'une partie condamnée doit payer d'après les bases d'un jugement, renvoie les parties à l'audience sur cette liquidation. (Arrêts, Toul, 24 mai 1821, et Orléans, 20 juin 1821, *J. Av.*, t. 15, p. 423.) Dans ces deux espèces les jugements de nomination de l'administrateur et de condamnation au résultat de la liquidation ont été réputés contradictoires. C'est avec beaucoup d'hésitation que nous citons ces deux solutions sans les combattre, elles vont peut-être trop loin.]]

Cet arrêt nous paraît devoir fixer invariablement les idées sur la question qui nous occupe, et nous dirons conséquemment que, toutes les fois que *la cause ayant été conclue*, l'un des avoués refuse de plaider *sous quelque prétexte que ce soit*, par exemple, sur le fondement que la partie aurait retiré les pièces d'entre ses mains, ce refus donne lieu à un jugement contradictoire. — (*Aix*, 31 mai 1808, *S.* t. 8, 2e part., p. 280.)

La raison de décider ainsi se tire des dispositions des art. 342 et 343, d'après lesquelles le jugement de la cause qui est en état ne doit point être différé. Or, l'affaire est en état lorsque la plaidoirie est commencée, et elle l'est dès que les conclusions ont été *contradictoirement* prises à l'audience : on sent qu'il impliquerait que, des conclusions contradictoires ayant eu lieu, le jugement fût rendu par défaut (1).

[[*V.* notre *Question* 613 bis.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 18, 19.

---

(1) L'opinion que nous émettons ici en définitive n'est point, suivant nous, en opposition avec un arrêt de la Cour de cassation, du 4 mai 1812 (*S.* t. 12, 1re part. p. 348 ; *J. Av.* t. 15, p. 302), lequel décide qu'un avoué *ayant été constitué*, l'opposition n'est recevable que pendant la huitaine, quoique l'avoué ne se fût présenté que pour déclarer qu'il n'avait *ni ordre*, *ni avis* d'occuper : le jugement est rendu par défaut faute de plaider. La Cour de Rennes a rendu la même décision le 9 mai 1812 ; mais il faut bien remarquer que, dans les espèces ainsi résolues, il n'y avait pas eu de conclusions contradictoires ; circonstance sur laquelle nous fondons l'opinion ci-dessus émise. [L'examen de l'arrêt de la Cour de cassation appartient, selon nous, à la *Question* 616.]

[[615 bis. *Lorsque le demandeur a obtenu jugement par défaut, peut-il s'en désister s'il s'aperçoit qu'il a demandé moins que son dû, pour former une nouvelle demande qui comprenne sa créance tout entière ?*

M. Pigeau dans son Commentaire, t. 1, p. 342, examine cette question et établit les distinctions que voici :

« Le demandeur peut se désister de sa demande, tant que le défendeur n'a pas acquiescé; parce qu'il n'y a de contrat que lorsqu'il y a réunion des deux volontés, laquelle ne se forme que par l'acquiescement, puisque jusque là on ne voit encore que celle du demandeur.

« Mais lorsque le demandeur a obtenu jugement par défaut, peut-il s'en désister s'il s'aperçoit qu'il a demandé moins que son dû, pour former une nouvelle demande qui comprenne tout ?

« L'art. 1211 du Code civil dit que le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, par la simple demande formée contre l'un des débiteurs pour sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu *un jugement de condamnation.* D'où il paraît suivre que dès qu'il y a jugement par défaut, ce jugement portant condamnation, le demandeur ne peut, en s'en désistant, former nouvelle demande.

« Pour décider cette question, il faut distinguer si le condamné ne réclame pas contre le jugement, ou s'il réclame.

« S'il ne réclame pas, les hommes étant censés, en se mettant en société, et établissant des juges, leur avoir donné le pouvoir de vouloir pour eux ce qui serait juste, quand ils ne le voudraient pas, et de remplacer la volonté des parties par la leur, on peut dire que dès que le défendeur ne répond pas, il s'en rapporte aux juges, consent que leur volonté remplace la sienne, et qu'ainsi leur volonté étant la sienne, il y a contrat dès qu'ils l'ont manifestée, et que le demandeur ne peut plus revenir contre le contrat qui est parfait.

« Mais s'il réclame contre le jugement, et en poursuit la réformation, le condamné annonçant bien par là qu'il ne veut pas que la volonté des juges soit regardée comme la sienne, il n'y a pas eu de volonté de sa part, par conséquent pas d'acquiescement, pas de contrat; et le demandeur reste dans le droit qu'il avait jusqu'à l'acquiescement d'exiger ce qu'il n'a pas demandé dans sa première demande. »

Pour rendre plus claire encore la pensée de M. Pigeau, nous croyons nécessaire de faire une nouvelle distinction; ou il s'agit d'une somme demandée, pour un dommage, comme exécution d'une convention ; ou il s'agit d'une dette résultant d'un contrat de prêt.

Dans le premier cas, le jugement par défaut contient chose jugée sur l'action, et nous partageons complétement l'opinion du savant professeur, mais dans le second cas, au contraire, le demandeur aura toujours le droit de réclamer ce qui lui est dû ; s'il n'a obtenu par défaut une condamnation que pour une partie de la dette, rien ne l'empêche d'intenter une nouvelle action pour le surplus ; il ne devra pas procéder par voie de désistement, mais bien par action principale. En vain, on lui objecterait que son action restreinte tendait à faire supposer un paiement partiel. Cette action pourrait, il est vrai, servir de présomption, pour repousser la seconde action , s'il y avait un commencement de preuve par écrit, et elle pourrait même servir de commencement de preuve par écrit ; mais par elle-même, elle ne pourrait pas être considérée comme formant preuve complète de libération.]]

616. *Dans le cas où la cause n'a point été conclue, le jugement par défaut qui intervient est-il rendu faute de constitution d'avoué, ou faute de plaider?*

Cette question est importante, puisque les articles 157 et 158 établissent une différence dans les délais pour l'opposition au jugement par défaut, rendu faute de constitution d'avoué, ou, si l'on veut, faute de *comparoir*, et pour celle au jugement rendu faute de plaider.

Nous distinguerons, sur cette question, le cas où l'avoué qui refuse de plaider, pour quelque motif que ce soit, a accepté le mandat, soit expressément, soit tacitement, en faisant acte de son ministère; par exemple, en concourant au placement de la cause au rôle, à une fixation, etc.

Dans ces deux cas, le jugement est rendu faute de plaider; mais si l'avoué constitué dans l'exploit d'ajournement ne se présente pas à l'audience, ou s'il se présente pour déclarer que le demandeur ne lui a pas donné avis de cette constitution, et ne lui a fait passer aucune pièce, ou qu'il n'entend pas occuper, la constitution doit être regardée comme si elle n'existait pas, et conséquemment le jugement est rendu contre partie faute de constitution d'avoué.

On sent qu'il n'y a jamais lieu à la question que nous avons posée relativement au défendeur, puisqu'il signifie lui-même l'acte de sa constitution (1) — (*V. arrêts de la Cour de Nîmes, du* 18 nov. 1808, *S.* t. 9, 1re part., p. 156; *de celle de Colmar, du* 31 déc., *et enfin de celle de Limoges, du* 9 nov. *de la même année, J. Av.* t. 15, p. 302.)

[[Cette question est très grave, ainsi que l'a fait observer M. Carré; mais nous ne pouvons pas partager son opinion : il distingue là où la loi ne distingue nullement. Le véritable motif du législateur, pour accorder à la partie qui n'a pas constitué d'avoué, un délai plus long d'opposition, c'est la crainte qu'elle ne soit dans l'ignorance de l'assignation ; ce motif ne peut jamais exister en faveur du demandeur. Quand il a fait donner une assignation, c'est à lui à s'assurer si son avoué a toutes ses pièces, s'il accepte le mandat, etc. Aucune surprise n'est à craindre.—M. Carré ne cite pas l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1812, dont il a parlé seulement en note du numéro 615, et cependant cet arrêt nous paraît trancher la question dans notre sens. M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 349 et 350, se fonde principalement sur ce que le ministère de l'avoué est forcé, sauf excuse valable, pour combattre l'opinion de M. Carré. Cette raison ne nous paraît pas concluante, parce que le ministère de l'avoué n'est forcé qu'après commission du juge. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 164, est de l'avis de M. Pigeau. M. PONCET, t. 1, p. 322 à 324, n° 194, soutient le système de M. Carré, principalement par ce double motif, que la constitution d'avoué est un contrat imparfait, si la volonté du constitué ne vient pas s'unir à celle du constituant, et que dans le cas où l'avoué refuse le mandat, le

---

(1) Il convient de remarquer ici un arrêt de la Cour de Trèves, du 12 décembre 1812 (*Jurisp. du C. civ.* t. 20, p. 440), qui décide qu'un jugement intervenu sur des conclusions contradictoires, n'est pas rendu par défaut contre partie n'ayant pas d'avoué dans le cas où l'avoué, au moment des plaidoiries, a déclaré se désister de sa constitution.

NOTA. Les motifs de cette décision sont, 1° qu'il résulte de l'art. 75 que ni le demandeur ni le défendeur ne peuvent révoquer leur avoué sans en constituer un autre (*V.* les *Quest.* 385, 386, 387), et que les procédures faites et les jugements obtenus contre l'avoué révoqué et non remplacé sont valables; 2° qu'il s'infère également des art. 342 et 343, que l'affaire est en état quand les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience, et que le jugement de l'affaire qui est en état ne doit pas être différé par les démissions ou destitutions des avoués ; d'où suit que le jugement doit être considéré comme rendu contre une partie ayant avoué. — (*V.* la *Quest.* 615.)

défaut n'est pas prononcé *contre avoué* il ne nous semble pas exact de considérer la constitution d'avoué comme un contrat à l'égard du défendeur. Entre le demandeur et son avoué, il doit y avoir contrat, pour que l'avoué choisi soit responsable; mais jusqu'à constitution de nouvel avoué, de la part du demandeur, le défendeur peut considerer celui qui a été constitué comme l'avoué adverse, et lui faire signifier tous actes de constitution, de defense, etc. Il n'est pas vrai de dire que le défaut alors n'est pas pris contre avoué, parce que, nous le répétons, jusqu'à constitution de nouvel avoué, le demandeur est censé voir toujours celui qu'il a d'abord constitué dans son exploit d'ajournement ou dans son acte d'appel. Le refus d'un avoué n'est pas prévu par l'art. 344, C. p. c., et on peut ajouter ici avec M. Pigeau, que ce serait ouvrir une porte aux abus, et fournir le moyen d'éluder la disposition de la loi, qui ne permet plus d'opposition après la huitaine (1).

Quant au defendeur, M. Carre a raison de penser que la question ne peut pas se présenter, parce qu'il doit y avoir signification de la constitution. Aussi a-t-il été jugé, avec raison le 4 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 95), que, lorsqu'aucun acte ou jugement ne constate la constitution de l'avoué d'une des parties, le jugement qui est rendu contre cette partie rentre dans la classe de ceux dont parle l'art. 156, quoiqu'il contienne la mention ordinaire du nom des avoués des parties Cet arrêt doit prouver à MM. les avoues qu'ils ne peuvent porter trop de soin à la régularisation de la procédure dans ses plus petits détails. On doit s'étonner qu'un magistrat distingué, un président de tribunal, M. Chardon, ait pu exprimer cette opinion, que les significations de constitution d'avoué étaient des actes frustratoires que le legislateur devait supprimer.

Notons ici une espèce bizarre, dans laquelle la constitution d'un avoué, faite par le défendeur, a, pour ainsi dire, été annulée du consentement des deux parties La Cour de Bruxelles a décidé, le 3 decembre 1833 (*Journal* de cette cour, de 1824, t. 2, p. 387), que dans ce cas, le jugement devait être considéré comme rendu contre une partie et non contre avoué. L'avoué s'etait présenté à l'audience, pour déclarer qu'il ne pouvait plus occuper pour le défendeur, et qu'il se déportait; le demandeur avait laissé donner acte de ce déport, sans faire aucune objection: lui seul avait qualité, a dit la Cour de Bruxelles, à contester cette espèce de désistement, parce que lui seul avait intérêt et droit; il n'a pas usé de son droit; il n'y avait donc plus d'avoué! Ce contrat judiciaire nous paraît susceptible de critique. C'est une procedure non pas seulement innommée, mais que notre code semble repousser. La constitution une fois faite, elle ne peut disparaître que par la substitution d'une nouvelle constitution, et, qu'on ne perde pas de vue le motif qui fait admettre l'opposition avec ses délais, c'est la crainte de la perte ou de la soustraction d'un exploit; dès qu'il y a eu une première constitution, cette crainte disparaît. Plus de necessité d'être indulgent pour le défaillant. Nous ne devons pas cependant nous dissimuler que la question peut souffrir quelque doute.]] **Supp alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 11.

[[616 bis. *Lorsqu'à une première audience, une cause a été tenue pour continuée, le jugement qui intervient plus tard est-il contradictoire ou par défaut?*

Il faut distinguer: ou les conclusions ont été prises, ou elles ne l'ont pas été. Dans le premier cas, une continuation n'enlève pas à la cause son caractère de *cause liée contradictoirement*. « Par le renvoi, dit M. BONCENNE, t. 3, p. 120,

(1) [MM. BONCENNE, t. 3, p. 110, et MERLIN, t. 17, p. 233 et suiv., combattent l'opinion de M. Carré; on peut aussi citer dans un sens contraire deux arrêts, l'un de *Lyon* du 31 décembre 1811, l'autre de *Limoges* du 26 février 1812. (*J. Av.*, t. 15, p. 362).]

« l'état du litige ne subit aucun changement, aucune modification, et le débat « doit se terminer tout aussi *contradictoirement* qu'il avait été engagé, quand « bien même l'avoué s'abstiendrait de reparaître. » Un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1825 l'a ainsi jugé (*J. Av.* t. 29, p. 191). Dans le second cas, au contraire, c'est une simple remise qui n'équivaut pas à des conclusions contradictoires, et au jour indiqué, la décision serait par défaut, si un des avoués ne comparaissait pas (*V.* la *Question* 615). — Si nous insistons sur cette question, qui ne nous paraît offrir aucune difficulté, c'est qu'un arrêt de Bourges, du 4 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 266), l'a décidée en termes trop absolus, par ce motif erroné, que *la continuation d'une cause suppose nécessairement la position des qualités et l'émission des conclusions des parties :* cela est complètement inexact, parce que des conclusions ne se présument pas plus qu'une constitution d'avoué.]]

Art. 150. Le défaut sera prononcé à l'audience, sur l'appel de la cause ; et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées si elles se trouvent justes (1) et bien vérifiées (2) : pourront néanmoins les juges faire mettre les pièces sur le bureau, pour prononcer le jugement à l'audience suivante.

[Comm. du Tarif, t. 1er, p. 225 et 226, nos 3 à 6.] Ordonn. de 1667, 2e part., art. 3, 8 ; tit. 5, art. 4, tit. 14, art. 4, *in fine*. — C. de P., art. 19, et les *Questions* sur l'art. 173. — Réglem. du 30 mars 1808, art. 21. [Notre Dict. général de procédure, vis *Jugement par défaut*, nos 3, 9, 41 et 42 ; et *Jugement*, no 263. — Devilleneuve (V. *l'article précédent*). — Arm. Dalloz, vis *Actions possessoires*, no 326 ; *Exception*, no 308 ; *Instruction par écrit*, nos 8 et 49 ; *Jugement par défaut*, nos 8, 15 et suiv. ; *Preuve*, no 10 ; et *Vérification d'écriture*, nos 13 et 14. — Locré, t. 21, pag. 279, no 4 ; et pag. 537, no 35. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque l'assigné fait défaut, les tribunaux peuvent-ils rejeter la demande en motivant leur décision sur un moyen de nullité? *Q.* 616 *ter*. — Si dans le considérant d'un jugement il était énoncé que sur les conclusions d'une partie ; défaut doit être donné contre l'autre, mais que dans le dispositif, ce défaut ne fut pas réellement prononcé, ce jugement serait-il nul? en cas d'affirmative, qu'elle serait la voie pour le faire réformer? *Q.* 616 *quater*. — En quel sens doivent s'entendre ces expressions de l'art. 150, si les conclusions de la partie qui requiert défaut, se trouvent justes et bien vérifiées? *Q.* 617. — Lorsqu'un avoué est constitué par les deux parties, peut-il prendre un jugement par défaut en faveur de l'une au préjudice de l'autre? *Q.* 617 *bis*. — La décision donnée sur la question 617, s'appliquerait-elle au cas où un tuteur, demandeur pour son mineur, laisserait défaut, même sur une action en désaveu de ce dernier? *Q.* 618. — En disant que les conclusions de la partie qui requiert défaut doivent être adjugées si elles sont trouvées justes et bien vérifiées, quelles sont les obligations que le Code entend imposer aux juges pour leur instruction? *Q.* 619. — Une partie peut-elle, sur le défaut de l'autre, prendre contre celle-ci des conclusions nouvelles? *Q.* 620. — Le tribunal qui par un jugement par défaut a condamné le défendeur seulement par les voies ordinaires, quoique le demandeur ait conclu à la contrainte par corps contre lui, peut-il, sur l'opposition du défaillant, prononcer ce dernier mode d'exécution qu'il n'avait point ordonné par sa première décision? *Q.* 620 *bis*. — Résulte-t-il du silence du Code de procédure que la partie défaillante ne puisse faire rabattre le défaut? *Q.* 621.] (3)

---

(1) *Justes*, c'est-à-dire si elles sont fondées sur le droit ; par exemple, si les conclusions tendaient au paiement d'intérêts usuraires, ou d'une somme prêtée au jeu, etc., on débouterait de la demande, parce qu'elle ne serait pas juste.

(2) *Vérifiées;* car de ce qu'une demande est juste au fond, il ne s'ensuit pas qu'elle soit *vérifiée ;* par exemple, *Mœvius* soutient que *Titius* lui doit une somme qu'il lui a prêtée ; la demande est *juste*, elle est fondée en droit ; mais il reste à *vérifier* si le prêt est justifié par un titre. — (Paris, 13 niv. an 10 ; *J. Av.*, t. 15, p. 187.)

(3) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que,

1° Le jugement par défaut doit fournir par lui-même la preuve qu'il y a eu vérification. Il ne suffirait donc pas que le tribunal eût posé les questions qui résultaient du procès pour qu'on réputât valable le jugement qu'il aurait rendu ; il faut que ce jugement contienne quelque énonciation qui annonce qu'il les a examinées, et par exemple, des motifs. Si le tribunal se borne à considérer que la partie n'a pas comparu ou plaidé, le jugement est aussi contraire à l'équité naturelle qu'aux lois civiles, et par conséquent

CX. Avant l'ordonnance de 1539, tout défendeur qui ne se présentait pas sur l'assignation qu'on lui avait donnée, était censé reconnaître la légitimité de la demande; il était toujours condamné sans vérification.

On reconnut alors que cet usage était une source d'injustices. Il est possible que le défendeur n'ait pas reçu l'assignation; on ne doit pas non plus lui interdire la faculté de s'en rapporter à la prudence des juges, et les magistrats ne doivent rendre aucun jugement qui ne soit fondé sur la conviction qu'ils n'ont rien prononcé que de juste à l'égard de chacune des parties. Aussi, depuis 1539, toutes les lois relatives à la procédure ont-elles consacré les mêmes dispositions sur ce point. (*Rapp. au Corps légist.*) Mais il faut dire que, dans la pratique, elles ne furent jamais suffisamment observées, surtout dans les affaires qui n'intéressaient ni l'ordre public ni des tiers, et que toujours on a trop facilement prononcé des condamnations sollicitées contre une partie non comparante. Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 23 messidor an 9, avait rappelé les tribunaux à leurs obligations, en frappant de nullité un jugement qui avait été rendu sur des conclusions non vérifiées; et un arrêt du 6 floréal an XI avait décidé que les jugements par défaut devaient être motivés. (*J. Av.* t. 4, p. 723.) On a, et avec raison, attendu du zèle et de l'impartialité des magistrats, qu'il ne sera pas, sous l'empire de notre Code, donné de nouveaux exemples de l'oubli des devoirs que l'art. 150 leur prescrit. [[Et, comme le fait fort judicieusement observer M. Boncenne, t. 3, p. 11, les causes communicables ne cessent pas de l'être, lorsque le défendeur fait défaut.]]

[[**616** ter. *Lorsque l'assigné fait défaut, les tribunaux peuvent-ils rejeter la demande en motivant leur décision sur un moyen de nullité?*

Un arrêt de la Cour de Rennes, du 11 juillet 1812, a jugé la négative, en se fondant sur *ce que la nullité de l'assignation tirée de ce qu'elle avait été donnée au domicile du ci-devant tuteur de l'assigné, ne pouvait être suppléée* (*J. Av.* t. 14, p. 763.) — Ce motif n'est que la reproduction de la difficulté, sans qu'on puisse y trouver une raison satisfaisante de décider. Pourquoi ne peut-elle pas être suppléée? Voilà où commence le doute. S'il est vrai que le texte de l'art. 150 puisse être invoqué à l'appui de la solution de la Cour de Rennes, parce qu'il suppose l'examen du fond, en ne se servant que de ces mots : *Conclusions justes et bien vérifiées;* s'il est reconnu que les moyens de nullité ne peuvent être invoqués que par une partie avant tout examen du fond, ne peut-on pas objecter avec une grande apparence de raison, que la vérification exigée par le législateur doit porter sur l'introduction de la demande, comme sur l'appréciation de cette demande en elle-même; en effet, on ne voit pas de raisons de différence pour le décider autrement; il y a plus, la vérification d'une nullité sera plus facile que la vérification du fond de la cause. Ainsi, supposons qu'une assignation remise à un habitant de Strasbourg le 1er janvier 1837, lui ait donné assignation pour le 3, et que ce jour-là le demandeur requière défaut; le juge devra-t-il l'accorder? Ne devra-t-il pas déclarer que les délais pour comparaître n'étant pas expirés, il n'est pas saisi légalement? Et si l'exploit ne porte pas de *parlant à*, les droits de l'assigné ne seront-ils

---

il est nul. — (*Cass.*, 4 déc. 1816; *S.*, t. 17, 1re part., p. 45.)

2° Est nul l'arrêt par défaut qui adjuge la propriété litigieuse d'un immeuble, non aux parties en cause qui se la disputent, mais à un tiers qui ne figurait plus au procès et qui n'avait point été intimé sur l'appel. — *Grenoble*, 29 janv. 1836. (*J. Av.*, t. 50, p. 353.)]]

pas méconnus à un tel degré d'évidence, que le tribunal puisse, s'il le juge convenable, déclarer l'instance mal engagée? Ne devra-t-il pas y avoir une semblable solution, dans le cas où l'assigné sera un mineur, une commune ou une femme mariée? Nous pensons que le pouvoir du juge n'est pas circonscrit dans les limites qu'on voudrait lui tracer, et que sa mission, plus noble, plus grande, plus digne, est de se mettre à la place de l'assigné, et d'examiner la demande en la forme et au fond. Disons, toutefois, que ce ne sera pas légèrement qu'un moyen de nullité devra être accueilli.

Nous puisons un nouvel élément de conviction dans le droit qu'on est bien forcé d'accorder à un tribunal de repousser une demande, quand ce tribunal ne reconnaît pas sa compétence, surtout si l'incompétence est matérielle, car, si dans un seul cas, on admet que les termes de l'art. 150 ne sont pas limitatifs, on ne doit pas hésiter à étendre leur signification pour le bien de la justice. — Faisons remarquer que notre solution ne préjuge point la question de savoir si, d'office, les deux parties comparaissant, les juges peuvent suppléer les nullités (V. la *Question* 747). Nous avons cru devoir examiner ici cette difficulté traitée par M. Carré, Question n° 748, dans un sens contraire à notre opinion, parce que c'était la place la plus logique. — M. FAVARD DE LANGLADE, v° *Exception*, § 3, n° 4, a partagé l'avis de M. Carré, qui a été vivement combattu par M. DALLOZ aîné dans sa Collection alphabétique, tom. 7, p. 608, n° 10, et par M. BONCENNE, t. 3, p. 302.]] **Supp alph.**, V° *Jugement par défaut*, 64, 65.

[[**616** quater. *Si dans le considérant d'un jugement, il était énoncé que sur les conclusions d'une partie, défaut doit être donné contre l'autre, mais que dans le dispositif, le défaut ne fût pas réellement prononcé, ce jugement serait-il nul? En cas d'affirmative quelle serait la voie pour le faire réformer?*

M. CARRÉ, consulté sur ces deux questions, a répondu, le 24 avril 1823, en ces termes: « Le conseil estime qu'il y a les plus fortes raisons pour soutenir la nullité du jugement du 28 janvier 1823, en ce qui touche la partie défaillante, puisqu'il a omis de prononcer le défaut auquel l'avoué avait formellement conclu, et que le tribunal était dans l'obligation de donner, dès qu'il était requis, puisque la loi le lui prescrivait d'une manière formelle, ce qui est reconnu par l'un des considérants du jugement où on lit qu'*itératif défaut doit être donné* contre Louis Lechesne fils, faute de constitution d'avoué; mais on sait que le dispositif seul constitue le jugement, et s'il est permis quelquefois de l'interpréter par le considérant, ce n'est qu'autant qu'il y a incertitude dans les dispositions qu'il renferme, mais non pas lorsqu'il y a omission absolue; de celle que présente le jugement du 28 janvier, il résulte qu'il ne peut être exécuté, soit comme par défaut, soit comme contradictoire, comme par défaut, puisque le défaut n'est pas prononcé, comme contradictoire, puisqu'il résulterait des conclusions et des considérants que la partie laissait défaut; or, dans ce cas, elle ne pouvait être condamnée qu'après l'adjudication préalable de ce défaut, donc, il y a nullité de ce jugement, et nullité provenant du fait du juge.

« On pourrait à la vérité essayer de maintenir qu'il y a évidence de fait que le jugement n'a été rendu que par défaut, mais on répondrait que ce n'est point par des inductions quelque fondées quelles soient, que l'on peut suppléer les énoncés exigés par la loi, pour la prononciation d'un jugement. Ainsi, dans cet état de choses, le conseil croit convenable d'obtenir du tribunal, après assignation donnée à la partie, un jugement qui rectifie le premier, en donnant défaut, s'il y a lieu, et répétant les condamnations. On signifiera en tête de

cette assignation le jugement par défaut, et on ne la donnera qu'autant que le défaillant se refuserait à acquiescer au jugement, pour éviter des frais. »

Nous ne partageons l'opinion de M. Carré ni sur la question de validité du jugement, ni sur la procédure à suivre dans le cas où la nullité existerait.

Il n'y a pas de formes sacramentelles pour le mode d'une condamnation: des qualités et des motifs, il résulte que le défendeur n'a pas comparu; donc, la condamnation doit être par défaut, peu importe que le jugement porte ou ne porte pas ces expressions, *donne défaut :* le défaut est évident. N'a-t-il pas été décidé très souvent que la qualification donnée à un jugement ne dénaturait pas la voie à prendre pour le faire réformer? L'art. 453 du Code de procédure consacre pour ainsi dire le principe général, en statuant sur le cas d'appel; ce n'est pas par voie d'induction qu'on établit le défaut, puisqu'il résulte des termes et de l'ensemble du jugement; le dispositif seul, il est vrai, doit être consulté quand il s'agit de la condamnation, mais non pas quand il s'agit d'une simple énonciation de forme.

Nous supposons un instant que ce jugement soit nul; serait-ce la voie indiquée par M. Carré qui devrait être suivie? Non sans doute; parce que si on décide que l'omission est assez capitale pour vicier le jugement et le rendre nul, ce n'est pas une rectification qui doit être demandée; ce serait tout au plus un nouveau jugement après désistement du bénéfice du premier. Et si le demandeur ne veut pas supporter les frais de ce jugement, qui, en cas de désistement, demeureraient à sa charge, il devra en interjeter appel. Avouons que cette procédure bizarre n'est nullement nécessitée, et que le défendeur contre qui on viendra exécuter le jugement, n'aura pas le droit de se plaindre, lorsqu'on n'élèvera aucune fin de non-recevoir contre son opposition, et que le demandeur considérera lui-même le jugement obtenu comme un jugement par défaut. Nous ne voulons pas soutenir que les tribunaux n'aient point le droit de rectifier des erreurs commises dans leurs jugements; mais ces rectifications ne peuvent jamais tendre à réparer une nullité acquise aux parties après la prononciation de ces jugements. Toutefois on pourrait invoquer à l'appui de l'opinion de M. Carré, sur la première question, un arrêt de la Cour de Montpellier du 2 janvier 1811, qui décide qu'un jugement rendu par défaut peut être nul si le jugement n'adjuge pas le profit du défaut (*J. Av.*, t. 3. p. 193). M. Coffinières, dans l'ancienne édition du *J. Av.*, t. 3, p. 240, approuvait cet arrêt. Voy. *infrà* notre Question 632 *bis*.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, 27, 28.

617. *En quel sens doivent s'entendre ces expressions de l'art.* 150, si les conclusions de la partie qui requiert défaut se trouvent *justes* et *bien vérifiées?*

A ce sujet, l'art. 4 du titre 14 de l'ordonnance de 1667 disposait que le jugement à obtenir contre le demandeur défaillant, renverrait le défendeur absous, et que, s'il devait être prononcé contre le défendeur, les conclusions du demandeur ne lui seraient adjugées qu'autant qu'elles seraient trouvées *justes* et *bien vérifiées.*

Remarquons que l'art. 150 ne distingue point entre le demandeur et le défendeur; il dispose que *les conclusions de* CELUI *qui requiert le défaut seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées.*

Ainsi, dira-t-on, cette disposition s'applique non seulement en faveur du défendeur, mais encore en faveur du demandeur qui ne comparaîtrait pas, puisqu'on peut requérir défaut contre lui, d'après l'art. 154. Si donc c'est le défendeur qui requiert défaut contre le demandeur, ses conclusions à être congédié de la demande ne devront lui être adjugées qu'autant qu'elles se trouveront justes et bien vérifiées : d'où suit que, si la demande est elle-même trouvée juste, parce qu'elle serait fondée, par exemple, sur un titre non contesté, les

conclusions du défendeur ne seraient pas adjugées, parce qu'elles ne se trouveraient pas *justes*.—(Voy. *Demiau Crouzilhac*, pag. 128.)

La jurisprudence a rejeté cette interprétation de l'art. 150, suivant un usage généralement suivi, et qui, d'ailleurs, était conforme au texte même de l'ordonnance, et à ces principes du droit romain, si souvent invoqués au barreau; *Actore non probante, reus absolvitur*, ETIAMSI NIHIL IPSE PRÆSTET.

En quoi consisterait en effet la vérification que l'on ferait des conclusions du défendeur qui ne consisteraient en autre chose que dans la simple réquisition du défaut? Et si l'art. 150 ne devait pas s'entendre dans le même sens que l'ordonnance, nous demanderions comment on pourrait vérifier la *demande* d'une partie qui, n'étant pas présente, n'offrirait pas aux juges les pièces et les moyens nécessaires pour cette *vérification* (1).

[[Dans l'examen de cette question et de la suivante, M. Carré a posé le principe en règle générale, sans distinguer le cas où le demandeur fait défaut en appel, et le cas où c'est en première instance; cependant, sans rien préjuger sur la difficulté si sérieuse en elle-même, on peut dire qu'entre ces deux hypothèses il existe une énorme différence. Ainsi, nul doute n'est plus permis sur la question de savoir si l'appelant ne comparaissant pas, l'intimé doit entrer dans la justification de ses conclusions en démis de l'appel; la négative est certaine, et on va plus loin: on décide que les juges d'appel ne peuvent pas vérifier, parce qu'ils ne peuvent pas accueillir l'appel, et que leur devoir est de déclarer cet appel non recevable (2).

---

(1) Opposerait-on l'art. 434 du Code, et dirait-on : « Cet article, qui ne concerne que « les tribunaux de commerce, est conçu dans « les mêmes termes que l'art. 4 du tit. 14 de « l'ordonnance, qui concernait les tribunaux « ordinaires, puisque l'art. 5 du tit. 16 de la « même ordonnance avait statué pour les ju- « ridictions consulaires? Or, le Code se fût ser- « vi des mêmes expressions dans l'art. 150, s'il « avait entendu n'établir aucune différence. »

Cette objection serait spécieuse, mais elle ne pourrait détruire l'opinion que nous avons que le législateur n'a point entendu que le juge vérifiât la demande pour ne l'accorder que s'il y avait lieu, contre le défendeur qui requerrait défaut. Tout ce que l'on pourrait conclure de ce rapprochement des art. 154 et 434, c'est que ces expressions, LA PARTIE *qui requiert*, ont été employées à la place du mot *demandeur*, pour le cas où le défendeur se serait rendu demandeur en *réconvention*. En ce cas, en effet, où le demandeur devien défendeur sur la demande *réconventionnelle*, il paraît juste que la loi lui accorde la faveur de la disposition générale, qui veut que les conclusions du demandeur ne lui soient adjugées, contre le défendeur, qu'autant qu'elles seraient trouvées justes et bien vérifiées. Voilà le motif pour lequel le législateur aurait employé des expressions qui indiquent les deux parties.

De là se tirerait la raison de la différence qui se trouve dans la rédaction des art. 150 et 434; le dernier ne pouvait être conçu dans les termes aussi généraux, parce qu'il n'arrive que très rarement que les tribunaux de commerce aient à prononcer sur des demandes réconventionnelles, qui ne peuvent être formées contre une partie, dès qu'il est reconnu qu'elle laisse défaut. Or, dans les tribunaux de commerce, où les délais de comparution sont plus courts, où l'audience n'est point précédée d'écrits de défenses et de réponses, les demandes réconventionnelles ne seraient guère formées qu'à l'audience; et comment le seraient-elles, lorsque la partie n'y est pas présente?

Au reste, si, par le motif qu'il peut y avoir des cas où les demandes réconventionnelles soient formées, et par exemple, après un renvoi d'une audience, où le demandeur aurait comparu, à une audience où il ferait défaut, on croyait ne pas devoir admettre la raison que nous apportons de la différence de rédaction des deux articles, du moins pensons-nous que l'on ne peut entendre l'art. 150 que dans le sens que nous croyons devoir y attacher. Nous en trouvons la preuve dans un arrêt de la Cour de cassation, du 7 février 1811, que nous rapporterons sur l'art. 434. — (*V. Sirey*, t. 11, p. 213, et *J. A.* t. 3, p. 346.)

(2) [Ce principe adopté par tous les auteurs dont il est inutile de donner la nomenclature, a été confirmé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation des 7 fév. 1811, 4 févr. 1819, 18 avril 1820, 14 et 26 févr. 1828, 26 avril et 18 juill. 1831, et 14 août 1832. — *J. A.*, t. 3, p. 346; t. 44, p. 169, t. 47, p. 677.]

Ces arrêts présentent, a dit M. Carré, l'ap-

Mais en première instance, la vérification pourra-t-elle avoir lieu, devra-t-elle avoir lieu, et quelles seront les conséquences du défaut obtenu par le défendeur? Ces trois questions ont une connexité évidente, car si le défaut obtenu n'est qu'un simple congé *innocuus* ne préjugeant rien sur le fond, n'enlevant pas au demandeur le droit de reproduire sa demande, il n'y a aucune vérification à faire. L'opposition pourra être permise (1), mais l'appel ne le sera pas, parce que ce sera un simple incident de forme sans importance, tandis que le cas est autrement grave, si le *congé* obtenu par le défendeur est un gain de procès sur le fond; par exemple, si sur la demande d'une hérédité, le détenteur de l'hérédité se trouve protégé, par la chose jugée, dans sa possession.—Examinée sous ces divers aspects, la question est large et revêt un intérêt bien grand, lorsqu'on appelle en lice les savants auteurs qui l'ont traitée. M. Carré ne nous paraît pas avoir attaché assez d'importance au résultat de son opinion, car d'un côté, on vient de lire qu'il ne croyait pas nécessaire la vérification des conclusions du défendeur, et de l'autre, Question nº 635, il enseigne que l'appel du demandeur doit être accueilli.

En 1825, en publiant dans notre Recueil alphabétique au mot *Appel*, nº 120, les deux arrêts de Turin du 23 août 1809 et de Bruxelles, du 26 avril 1810, nous avons rapporté l'opinion de M. Coffinières qui refusait le droit d'appel. M. MERLIN, t. 3, p. 378, a pensé que ces mots *renvoyé absous* de l'ordonnance de 1667, voulaient dire que le demandeur ne pourrait plus reproduire sa demande. Dans son Commentaire, M. PIGEAU ne paraît pas porter plus d'intérêt à la solution que ne l'avait fait M. CARRÉ (t. 1, p. 350), et il partage son opinion. —M. THOMINE-DESMAZURES (t.1, p. 292), n'ajoute rien de nouveau à ce qu'avaient dit les deux auteurs dont nous venons de parler; et il admet en quelques mots ces trois points, *congé sans vérification, opposition permise au demandeur, appel même dans le cas où le jugement préjudiciera à son droit au fond.* Mais M. BONCENNE, t. 3, p. 16, avec ce coup d'œil perçant de sa pénétrante et ingénieuse théorie aperçoit, sonde, explore la difficulté et ne l'abandonne qu'après l'avoir épuisée dans une dissertation forte de style et de pensées. N'est-il pas téméraire de prendre corps à corps un athlète aussi redoutable, d'élever un système complet à côté du sien, et de défier sa théorie par une théorie contraire? C'est un

---

plication de l'ancienne maxime, *les griefs ne se suppléent point;* maxime fondée sur la présomption de bien jugé, justement attachée à une décision que l'on ne critique pas, après être pourvu contre elle; ce qui est la même chose que si le pourvoi n'avait pas eu lieu. En effet, ne pas critiquer, c'est tacitement acquiescer, et alors, la décision acquiert force de chose jugée. Il doit en être ainsi, lorsque celui qui a interjeté appel ne se présente pas pour faire valoir ses moyens en annulation ou réformation.

[Le 15 déc. 1835, la Cour de cassation a appliqué le même principe au cas où l'appel portait sur un moyen de compétence.

Mais on trouve au *J. Av.*, t. 47, p. 617, un arrêt contraire de la Cour de Poitiers, qui ne fera pas jurisprudence. — Cependant deux exceptions doivent être nécessairement admises, la première relative au cas où l'intimé fait juger une question spéciale, la nullité de l'acte d'appel (*Arrêt* cass. du 20 février 1833, *J. Av.*, t. 44, p. 169), ou un appel incident; la seconde, lorsqu'il s'agit d'un moyen d'appel intéressant l'ordre public, comme une incompétence matérielle, ou d'une matière dans laquelle le consentement des parties ne serait pas suffisant, en matière de séparation de corps, par exemple: —(*Arr. de Bruxelles*, 1er mai 1811; *d'Agen*, 15déc. 1826, *J. Av.*, t. 21, p. 158, et t. 33, p. 81.)

Mais il n'en serait pas ainsi, dans le cas où ce serait l'intimé qui ferait défaut. La règle absolue de l'art. 150 reprendrait tout son empire. — C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de cassation, par arrêt du 14 déc. 1816, *J.Av.* t. 3, p. 437, dont la solution est approuvée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 186, § 5, nº 2.]

(2) [Le 6 avr. 1837 (*J.Av.*, t.53, p.475) la Cour de Poitiers a reçu l'opposition d'un demandeur, en s'étayant de motifs qui nous ont paru d'une grande force.]

devoir pour nous, nous allons l'accomplir. —Auparavant, disons que M. BOITARD dans ses leçons, t.1, p. 590 et 591, tout en adoptant le principe que le congé, n'est qu'un *relaxe*, *une décision qui tient pour non avenu l'exploit d'ajournement* se sert de ces expressions : *il faut bien le dire, cette interprétation est assez raisonnable, assez fondée*; il a douté. M. Boncenne seul a édifié une théorie complète ; il se fonde principalement sur les anciens principes dont la dérogation ne résulte pas, selon lui, des art. 151 et 154 du Code de procédure.—Il explique le sens de ces mots *renvoyé absous* de l'ordonnance de 1667, et il se plaint en citant TAGEREAU, BORNIER, et autres anciens auteurs de ce qu'on méconnaît les véritables principes, *parce qu'on n'a pas mis dans l'étude de la procédure assez de recherche et d'examen, et qu'on a dédaigné d'en faire une science* (1). Puis, arrivant à l'art. 154 de notre Code, il dit que le défendeur ne peut que *prendre défaut*, ce qui ne lui procure comme avantage que *la liberté de s'en aller*.—Sur les anciens principes, notons avec M. Boncenne lui-même que Rodier pensait qu'il résultait de l'ordonnance de 1667, que *le demandeur devait être déclaré mal fondé dans sa demande*, et que M. Merlin a partagé cette interprétation. Quant aux nouveaux, *la liberté* n'est pas grande; comment, il sera permis à un plaideur de profession de m'appeler en champ clos vingt fois pour le même objet, de m'entraîner dans des faux frais considérables, et s'il est insolvable, de me faire payer vingt constitutions d'avoué, vingt droits de conseils, *et cætera* le juge m'accordera ensuite la liberté de m'en aller : cela n'est pas juste, cela n'est pas possible. Pour admettre une semblable opinion, il faudrait que du texte, pressé dans tous les sens, il ne pût pas même résulter un doute.

Notre système est bien simple; c'est celui de Rodier. Le voici : — Ou le défendeur veut qu'on lui donne simplement la liberté de s'en aller, il la demande, et rien n'est jugé; le silence du demandeur est évidemment un désistement proposé; le défendeur l'accepte; il est complètement libre : rien n'est jugé. — Ou le défendeur assigné, inquiété dans sa propriété, dans son honneur, peut-être, veut que le litige soit vidé, et alors appelé devant les juges, il demande justice, et non *la liberté de s'en aller*. La loi lui permet de *prendre défaut*. Dans ce cas, il rentre dans les termes de l'art. 150, qui dit : *La partie qui requiert défaut*. Il doit à la justice des raisons de décider; s'il succombe, ce sera à lui à s'imputer la faute de n'avoir pas accepté la paix qui lui était proposée. On s'étonne, on se récrie, et on demande comment il sera permis de faire gagner son procès au demandeur, quand il ne se présente pas, quand il ne le veut pas lui-même ; mais cela se voit fréquemment dans le cas de désistement non accepté. Les juges ne sont pas forcés de donner gain de cause à celui qui n'accepte pas le désistement. Les tribunaux sont saisis de la demande par l'exploit, et sur la réponse du défendeur, ils jugent. Dans certaines causes, en l'absence du demandeur, ils pourront éprouver de l'embarras, qui, nécessairement, devra retomber sur lui. Mais dans d'autres aussi, la demande peut être fort claire, peut résulter d'un billet enregistré, signifié en tête de l'exploit, et pour le paiement duquel le défendeur ne demande qu'un terme.

Pourquoi vouloir compliquer notre organisation judiciaire d'un rouage inutile, qui ne résulte pas du texte, et qui ne se puise que dans les anciens auteurs? D'après nous, l'assignation une fois lancée, le procès se terminera; c'est aux parties à se tenir en garde; le demandeur saura que, s'il ne vient pas soutenir sa demande, elle sera néanmoins jugée, appréciée et rejetée, et que contre

(1) [Il faut cependant se défendre d'expliquer des mots nouveaux qui représentent des idées nouvelles, à l'aide d'anciens passages d'anciens auteurs écrivant pour d'autres époques. La procédure est le langage du droit. La pensée théorique de M. Boncenne en elle-même peut être très-juste. Nous n'en repoussons qu'une application trop étendue.]

lui s'élèvera la chose jugée. A cela, quel danger? Aucun. Dans le système contraire, un demandeur peut être un ennemi incessant, dont les blessures multipliées finiront par terrasser un adversaire que la lassitude seule pouvait atteindre.

Le mot *défaut* n'est-il donc pas assez clair, assez significatif, assez énergique même? *Défaut*, sans adjudication de conclusions, est chose qui ne se comprend pas; et si les articles 150 et 434 ont parlé de l'adjudication des conclusions, c'est pour exprimer cette idée que le défaut ne pouvait pas être prononcé sans vérification, mais non pour rendre complète une idée aussi simple.

L'art. 434, § 2, portait dans le projet. *Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut.* Et le législateur se rappelant la règle générale et tutélaire du droit de défense, toujours sacré, a ajouté ces mots : *et les conclusions du demandeur*, etc. Il est par trop évident que le mot *défaut*, dans le projet, renfermait une pensée complète.

Cet article 434 lui-même a été diversement expliqué : il ne parle pas seulement du défaut contre le demandeur, mais il ajoute, et *renverra le défendeur de la demande.* Là, nous voyons une exception en faveur du commerce, exception qui, dans le projet, existait pour les deux parties, et qui n'a été conservée qu'en faveur du défendeur; ainsi, sans vérification aucune, le défendeur gagnera son procès, et obtiendra jugement contre le demandeur, jugement sérieux et non pas jugement de *relaxe* ou de *permis de s'en aller.* M. Boncenne, au contraire, pense que c'est une répétition de l'art. 154, et que ce n'est qu'une *innocente redite*; car, ajoute cet auteur, l'art. 434, *s'il eût été destiné à expliquer, réformer, ou modifier un texte antérieur, assurément n'aurait pas manqué d'en faire mention.* La redite n'est pas *innocente*, car elle aggrave les doutes aux yeux de ceux pour qui l'art. 150 offre des doutes; cette interprétation est la conséquence d'une première erreur, parce qu'on ne donne pas au premier texte son sens véritable. Si l'on est forcé d'admettre qu'en matière ordinaire aucun avantage ne peut être pris contre *la partie qui fait défaut*, sans vérification, on trouvera très-naturel qu'une exception ait été introduite pour les matières commerciales, et l'examen du projet primitif devra entraîner la conviction. On est arrivé dans l'opinion que nous combattons jusqu'à penser qu'un demandeur *condamné sur le fond* et non pas *démis*, avait le droit de faire réformer le jugement par voie d'appel (1); cette conséquence devrait être la véritable pierre de touche du système, et le faire crouler, si meilleures raisons n'étaient, et il y en a...

Quel enseignement nous offre la jurisprudence sur cette question?

M. Boncenne a invoqué quatre arrêts de cours royales, des 23 août 1809, 26 avril 1810, 5 déc. 1816 et 29 déc. 1825, les trois derniers rapportés (*J. Av.*, t. 3, p. 249, et t. 15, p. 101). Nous n'avons trouvé dans aucun recueil le 4e, qui est de la Cour

---

(1) [La Cour de Dijon a rendu, le 12 mars 1827, un arrêt en ce sens fondé sur ce que le *tribunal n'avait jamais été saisi de la demande puisque le demandeur faisait défaut*, et l'intimé a été condamné *aux dépens.* C'est pousser un principe jusque dans ses dernières conséquences! Cet arrêt ne mérite pas une réfutation sérieuse (*J. Av.*, t. 38, p. 101).—Cependant la Cour de Rennes a rendu un arrêt dans le même sens, le 14 fév. 1833. (*J. des arrêts de la Cour de Rennes*, 1833, p. 32.)—Le seul motif de cette Cour est que rien *n'autorisait le tribunal à statuer sur le fond.* C'est, à notre sens, un bien faible motif de décider. Un des graves inconvénients de ce système se fait surtout sentir en matière de saisie immobilière, et de nullités de procédure en général; si le défaut-congé n'est qu'un renvoi de forme sans rien préjuger, les nullités peuvent être continuellement reproduites et jamais jugées tant qu'on est dans les délais; aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé le 16 nov. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 319.) que le tribunal n'a même pas besoin de donner de motif sur le rejet d'une nullité.]

royale de Paris. Il faut joindre à cette indication un arrêt de la Cour de Dijon du 8 juillet 1830, conforme à la doctrine du premier arrêt de la même Cour, cité en note, p. 25. (DALLOZ, 1832, 1re part., p. 356, et l'arrêt de la Cour de Rennes, cité à la même note.)

Dans l'opinion contraire, on peut citer un arrêt d'Orléans, du 30 avril 1809, *les motifs* d'un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1820, un arrêt de la Cour de Nîmes, du 14 novembre 1825, et enfin, un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 29 novembre 1825, au rapport de M. Lassagni (*J. Av.* t. 15, p. 332 t. 3, p. 346, 5e espèce, et t. 31, p. 148 et 149.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 47 et s. 59, 60.

[[**617 bis.** *Lorsqu'un avoué est constitué par les deux parties, peut-il prendre un jugement par défaut, en faveur de l'une, au préjudice de l'autre?*

La négative est évidente; nous sommes convaincu que cette position bizarre et insolite se rencontrera fort rarement; elle s'est présentée dans une espèce qui a été jugée le 18 décembre 1807, par la Cour de Metz (*J. Av.*, t. 5. p. 270), MM. les avoués ne doivent jamais se charger de défendre des intérêts opposés, et ils ne doivent consentir à représenter deux ou trois parties ou un plus grand nombre que sur un mandat spécial, exprimant l'intérêt commun et portant consentement à être représenté par le même officier ministériel. En agissant autrement, non seulement ils manqueraient au plus essentiel de leurs devoirs, mais ils s'exposeraient à des condamnations en dommages-intérêts fort élevés, ainsi que l'a jugé la Cour de Rennes, par arrêt du 6 janvier 1815 (*J. Av.* t. 5, p. 336.)]]

618. *La décision donnée sur la question* 617, *s'appliquerait-elle au cas où un tuteur, demandeur pour son mineur, laisserait défaut, même sur une action en désaveu de ce dernier?*

C'est notre opinion, fondée sur une juste analogie de l'espèce présente avec celle d'un arrêt rendu en audience solennelle de la Cour royale de Rennes, le 9 juin 1814. Il s'agissait d'un appel interjeté par un tuteur *ad hoc* nommé à un enfant désavoué, et qui laissait défaut sur son appel. *La Cour, attendu que les moyens d'appel ne se suppléent pas, déclare les appelants sans grief.*

Or, de même que, *sans distinction des cas où un tuteur laisse défaut sur son appel*, la Cour a appliqué le principe que les griefs ne se suppléent pas, de même nous pensons que l'on doit appliquer au demandeur, également sans distinction, le principe qu'en première instance tout demandeur qui fait défaut est censé avoir renoncé à sa demande. Il y a même raison de décider sur ces deux principes, qui sont parfaitement identiques, et qui, par suite, doivent avoir les mêmes conséquences. [[*Voy.* ce que nous avons dit sur la *Question* 617]]

619. *En disant que les conclusions de la partie qui requiert défaut doivent être adjugées si elles sont trouvées justes et bien* VÉRIFIÉES, *quelles sont les obligations que le Code entend imposer aux juges pour leur instruction?*

On a dû s'apercevoir que nous n'insérons dans cet ouvrage les passages des ouvrages publiés sur le Code de procédure, et surtout ceux des ouvrages les plus répandus, que dans les cas où nous avons quelques observations à soumettre à nos lecteurs, ou quelques rapprochements à faire des opinions de leurs auteurs. Sur la question que nous venons de poser, nous n'aurions qu'à reproduire les remarques de M. Pigeau: ainsi nous renvoyons à son Traité, t. 1, p. 473, en faisant observer, toutefois, que le ministère public, dans les causes communicables, doit, surtout lorsque le défendeur est défaillant, discuter la

cause avec tout le soin possible, et que le juge, lorsque la demande n'est pas fondée sur un titre qui fournit une juste présomption, une présomption pour ainsi dire légale de fondement, ne doit négliger aucun des moyens d'instruction que la loi lui offre. C'est pour que les juges apportent à la vérification des conclusions de la partie qui requiert le défaut, toute l'attention qu'exige la justice que l'art. 150 les autorise à ordonner un délibéré (1). — (*Cassat.*, 23 *mess. an* 9, *Sirey*, t. 1, p. 465; *Demiau-Crouzilhac*, p. 128). **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 61, 62.

620. *Une partie peut-elle, sur le défaut de l'autre, prendre contre celle-ci des conclusions nouvelles, et le tribunal adjuger ces conclusions?*

Rodier, sur l'art. 4 du titre 5 de l'ordonnance, fait observer qu'on ne peut prononcer par défaut que sur les demandes contenues dans l'exploit d'ajournement, et telles qu'elles y seront libellées. « Ainsi, dit-il, si, depuis l'exploit

---

(1) Nous ajouterons que M. Pigeau, en développant son avis conforme à cette solution, dit que, si la demande ne porte pas en elle-même des preuves d'injustice, le défaut laissé par le défendeur est un aveu tacite de l'obligation qu'on lui attribue, lequel autorise le juge à le condamner.

Mais toujours faut-il, suivant nous, que la demande soit justifiée par un titre, par une preuve qui soit suffisante, pour, dans le silence du défendeur, la faire prononcer fondée. C'est par cette considération qu'un arrêt de la Cour de Rennes, du 20 juill. 1816, a déclaré précipitamment jugé, dans une espèce où, sur le défaut d'un fermier, les premiers juges avaient prononcé le résiliement du bail, sur le maintien des demandeurs que la ferme n'était pas garnie de bestiaux, ni d'ustensiles. La Cour, en réformant le jugement motivé sur ce que le défaut était aveu, ordonna une enquête pour prononcer d'après ses résultats.

[*M. Boncenne*, t. 3, p. 29, combat cette « décision en ces termes : « Je ne pense pas « que cet exemple doive être suivi. Des faits « énoncés dans un ajournement, et qui ne sont « ni méconnus, ni déniés, ont en leur faveur « une assez forte présomption de vérité pour « que le tribunal se dispense de faire appeler « des témoins. En ce qui touche l'instruction « par écrit, il n'a jamais été permis de pousser « jusqu'à ce point la sollicitude d'une vérification par défaut; la déclaration du 12 août « 1669 défendait aux juges d'appointer les « parties *pour les profits des défauts*, et d'y « prendre aucunes épices. Le Code de procédure veut que le défaut soit donné à *l'audience*, sur l'appel de la cause. Néanmoins « il ajoute que les juges pourront faire mettre « les pièces sur le bureau, pour prononcer le « défaut à l'audience suivante. Cette disposition est évidemment incompatible avec l'idée d'une instruction plus ample qu'un simple délibéré. » Nous nous demandons d'abord quelle pourra être la sanction de cette doctrine qui refuse au juge le droit de s'éclairer. Le demandeur poursuivra-t-il le tribunal en déni de justice, parce qu'il ne veut pas le croire sur parole; interjettera-t-il appel du jugement; et si la Cour adopte la même opinion, se pourvoira-t-il en cassation? en ce cas, quelle violation de la loi invoquera-t-il? M. Boncenne a bien compris qu'il fallait se rattacher à un texte, et il l'a trouvé dans ces mots de l'article 150 à *l'audience suivante*. Mais on voit que ces mots n'ont rien d'impératif et indiquent seulement la forme ordinaire de procéder qui peut se suivre pour les défauts, comme pour les débats contradictoires; et d'ailleurs le Code de procédure renferme deux textes bien positifs qui doivent trancher la difficulté: ce sont les art. 257 et 261 qui, tous les deux, supposent le défaut absolu sans avoué de la partie contre laquelle l'enquête est ordonnée; on pourrait même invoquer l'art. 254 qui accorde un pouvoir illimité, général et absolu à tous les tribunaux.—Mais on nous objectera sans doute qu'il existe certains cas, comme l'a fait remarquer M. Boncenne, *les séparations*, *les interdictions et toutes matières tenant à l'ordre public*, dans lesquelles le silence des parties ne pouvant tenir lieu de preuve, une enquête peut et doit être ordonnée, et que c'est à ces cas que s'appliquent les articles que nous avons cités.

A cette objection deux réponses, la première, que cette exception démontre elle-même que les mots *à l'audience suivante* sont sans force et valeur, pris dans un sens rigoureusement limitatif; la seconde, que la distinction que nous combattons ne se lit dans aucun article, et qu'il doit être d'ordre public que justice soit rendue selon les règles de l'équité, dans tous les cas.]

V. **Supp. alph.**, v° *Desc. sur les lieux*, n. 11.

« d'assignation, le demandeur a quelque nouvelle demande à faire, s'il veut « corriger celles qu'il a faites, ou si d'autres parties assignées comparais- « sant, il y a quelques nouvelles conclusions à prendre contre elles, qui « puissent intéresser le défaillant, il doit le faire par requête ou autre ex- « ploit qu'il lui fera signifier à personne ou à domicile; et en rapportant cette « signification, on lui adjugera par défaut les conclusions de ce nouvel exploit « comme celles du premier, si elles ne sont pas corrigées. »

Mais dans les bonnes règles, ajoute cet auteur, il faudrait une nouvelle assignation, ou du moins après la signification, attendre à prendre le défaut à l'expiration du même délai donné sur la première, parce qu'il peut se faire que le défaillant se serait présenté, si l'on eût formé d'abord contre lui les demandes telles qu'elles sont dans le second libellé (1). **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 66, 67.

[[620 bis. *Le tribunal qui par un jugement par défaut a condamné le défendeur seulement par les voies ordinaires, quoique le demandeur ait conclu à la contrainte par corps contre lui, peut-il, sur l'opposition du défaillant, prononcer ce dernier mode d'exécution qu'il n'avait point ordonné par sa première décision ?*

Au premier abord, cette question ne semble présenter aucune difficulté: quand on considère en quoi consistent les conséquences de l'opposition à une décision par défaut, on n'hésite pas à pencher pour l'affirmative. En effet, celui qui forme opposition pour faire réformer la condamnation contre lui prononcée, remet en question tout ce qui a été jugé. Il est incontestable que sa condamnation s'évanouit, et qu'il se trouve envers son adversaire dans le même état que si la demande de celui-ci n'avait point été accueillie. Alors recommence en entier la contestation en cause, et l'on a jugé avec raison que la partie condamnée par défaut peut, sur son opposition, proposer un déclinatoire, sans que son adversaire ait le droit de lui objecter que cette exception n'est pas invoquée *in limine litis*. (V. *J. Av.*, t. 16, p. 331, v° *Jugement par défaut*, n° 53.) Par la même raison que l'instance recommence avec le défendeur, le demandeur peut la reprendre ainsi qu'il l'entend, et augmenter ses conclusions. Les juges devront y faire droit sans les rapprocher de celles qu'il a prises avant leur décision par défaut, et quelle que soit la différence qu'on remarquerait entre les unes et les autres.

---

(1) Personne ne doutera que c'est cette dernière marche que le demandeur doit suivre. Au reste, nous remarquerons que, par arrêt du 22 septembre 1810, la Cour de Rennes a décidé, suivant le sentiment de Rodier, qu'un tribunal ne pouvait adjuger des conclusions nouvelles prises à l'audience contre le défendeur défaillant. Elle s'est fondée sur ce que l'art. 61 exige que l'exploit d'ajournement contienne l'objet de la demande à peine de nullité. — *J. av.* t. 15, p. 350.) [Nous adoptons cette solution de *M. Carré* qui a été suivie par *MM. Pigeau* dans son *Comm.*, t. 1, p. 597, et *Favard de Langlade*, t. 3 p. 166.]

Mais ce que nous venons de dire à l'égard des demandes nouvelles que ferait le demandeur, s'appliquerait-il aux demandes réconventionnelles que le défendeur formerait contre lui par un simple acte, conformément à l'art. 337 ?

On peut opposer qu'au moment où cet acte est signifié, le défendeur ignore que le demandeur laissera défaut, et qu'en faisant cette signification à l'avoué constitué, il a fait tout ce que la loi exigeait de lui.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que la justice veut que l'on adjuge le congé de la demande seulement, et non les demandes réconventionnelles, du moins dans le cas où le congé est assimilé à un défaut faute de constitution d'avoué, ainsi que nous l'avons dit sur la Ques. 617. [Nous ne partageons pas cette opinion, et nous pensons que le demandeur, en formant son action, s'est exposé à toutes les suites de sa négligence ultérieure, qu'il est censé connaître les demandes reconventionnelles qui lui sont signifiées; il nous paraît incontestable que ces demandes réconventionnelles doivent être vérifiées, surtout d'après l'opinion que nous avons émise, *suprà*, n° 617.]

Un motif d'analogie rend ce point d'une vérité frappante: supposez que deux parties comparaissent à l'audience au premier appel de leur cause, et y posent des conclusions, la cause est mise au rôle et y reste un temps plus ou moins long avant d'être plaidée. Durant tout ce temps, le demandeur, qui, dans ses premières conclusions, a omis de réclamer l'exécution provisoire, ou bien la contrainte par corps, pourra sans contredit signifier de nouvelles conclusions à cet effet. Son adversaire n'aura pas à s'en plaindre, parce qu'il pourra repousser les demandes additionnelles qu'elles contiennent, et que les juges en feront justice. Or, peu importe que la cause soit mise au rôle après la comparution du défendeur sur la première assignation à lui donnée, ou qu'elle y soit placée après qu'un jugement par défaut a été rendu contre lui, et qu'il s'est présenté pour la première fois sur l'assignation en débouté de l'opposition qu'il a faite à ce jugement. Sa position est la même. Aucun jugement n'est censé avoir été rendu contre lui, et l'instance recommence entre lui et son adversaire. Celui-ci pourra donc augmenter les conclusions qu'il a prises.

A plus forte raison semble-t-il naturel de décider qu'une partie, en demandant le débouté de l'opposition à la condamnation par défaut qu'elle a obtenue, puisse conclure à la contrainte par corps qu'elle a demandée en provoquant cette condamnation, car elle ne fait que répéter des conclusions qu'elle a déjà prises. Elle redemande ce qu'elle a réclamé. Tout cela résulte du principe que l'opposition à un jugement par défaut remet la contestation au même état qu'avant le jugement.

« Mais, dit-on, n'est-ce pas là donner trop d'étendue à ce principe? En faisant renaître la contestation entre les parties, quel effet doit produire l'opposition par rapport à ce qu'a fait le tribunal en jugeant par défaut? N'est-il pas évident qu'il se réduit à détruire, uniquement en faveur du défaillant, le jugement rendu en son absence? Cet anéantissement est tout dans son intérêt. Il a pour but de le rétablir dans la même position que s'il n'avait jamais été condamné. La condamnation prononcée contre lui doit donc tomber et faire place à une nouvelle, si ses moyens de défense ne sont pas accueillis après l'examen que les juges sont tenus d'en faire. Avant de le condamner par défaut, ils ne les ont pas entendus; il faut donc qu'ils les examinent avant de prononcer sur l'opposition pratiquée contre leur jugement.

« Or, ajoute-t-on, il n'en est pas de même du demandeur. Il y a présomption légale que ce n'est pas sans l'entendre que le tribunal lui a adjugé sa demande par défaut contre le défendeur. Car l'art. 150 C. p. c. porte que le défaut sera prononcé sur l'appel de la cause, et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées. Il résulte de là que la partie qui a obtenu le défaut ne saurait, comme celle contre laquelle elle l'a fait prononcer, dire que ses conclusions ne lui ont pas été adjugées en connaissance de cause, et que, par l'effet de l'opposition de son adversaire, elles sont remises en question devant les juges. En adjugeant ces conclusions, les magistrats ont bien rendu une condamnation par défaut à l'égard du défaillant; mais, à l'égard du demandeur qui les a prises, ils ont statué contradictoirement avec eux-mêmes, c'est-à-dire en vérifiant s'ils devaient les adjuger. Le demandeur ne pourrait donc faire tomber ce jugement qu'il a provoqué lui-même. En dernière analyse, toute la question se réduira à savoir s'il doit en être de même lorsque le jugement ne lui adjuge pas toutes les conclusions qu'il a prises. Or, de deux choses l'une: ou le tribunal a formellement rejeté une partie de sa demande, ou bien il a omis de statuer sur cette même partie. En d'autres termes, et pour rentrer dans l'espèce même que nous supposons, le tribunal a condamné le défendeur envers le demandeur, mais il a refusé formellement de prononcer la contrainte par corps au profit de celui-ci, ou bien il a omis seulement, *formâ negandi*, de prononcer cette contrainte.

«Au premier cas, il faut dire que les juges ont vérifié les conclusions du demandeur, et que s'ils ont refusé de lui accorder la contrainte par corps, ils ont réellement *jugé* qu'il y avait impossibilité légale de l'ordonner. Or, ce chef de jugement a été un chef réellement contradictoire entre le demandeur qui concluait à la contrainte par corps, et le ministère public, qui a dû être nécessairement entendu, puisqu'il s'agissait d'une question sur laquelle il devait porter la parole. C'est là un point sur lequel les juges ne peuvent plus revenir, sans excès de pouvoir. Or, cette impossibilité reste toujours la même, quoique le défendeur condamné par les voies ordinaires fasse opposition à la condamnation. Il n'en est pas moins vrai qu'il a été jugé avec le demandeur que cette condamnation ne sera pas exécutée par corps. L'opposition ne peut avoir pour effet de remettre en litige ce point jugé en faveur du défendeur. Le demandeur ne pourrait dire que sa demande primitive est toute remise en question. Le défendeur lui répondrait que par son opposition il a bien remis en cet état la condamnation prononcée contre lui faute de se défendre, mais non pas la décision rendue en sa faveur sur un des chefs de la demande dirigée contre lui.

« Maintenant, disent toujours les partisans du même système, supposons qu'au lieu de refuser de prononcer la contrainte par corps, à laquelle le demandeur concluait par défaut contre le défendeur, les juges aient seulement omis de la prononcer. En ce cas comme dans le précédent, ils auront simplement condamné le défendeur par les voies ordinaires. Il est vrai qu'on peut dire qu'ils n'ont pas précisément décidé que la contrainte par corps ne pouvait avoir lieu, et qu'il y a chose jugée à cet égard. Mais il n'en est pas moins certain que si le défendeur ne formait pas opposition au jugement qui ne prononce pas la contrainte par corps, le demandeur ne pourrait plus faire ordonner par le tribunal que cette voie d'exécution soit exercée; car le tribunal répondrait avec raison qu'il ne peut plus modifier les jugements qu'il a rendus : c'est là un point incontestable. Or, si, au lieu de rester dans l'inaction, le défendeur défaillant fait opposition à sa condamnation, le demandeur sera toujours sans droit de demander une addition au jugement par défaut, en vertu de laquelle cette décision soit exécutée par corps. Le tribunal n'aura toujours qu'à statuer s'il y a lieu de débouter de l'opposition formée contre son jugement, tel qu'il a été prononcé : mais il ne pourra plus rien y changer ni ajouter. Toutefois, il faut reconnaître ce droit au tribunal, si en refusant ou en omettant de prononcer la contrainte par corps dans son jugement par défaut, il avait déclaré que quant à présent, en l'absence d'un débat contradictoire, il ne pouvait adjuger sur ce point les conclusions du demandeur. Ainsi, supposons que le demandeur ait allégué que la contrainte par corps devait être prononcée contre le défendeur défaillant, et que pour preuve il ait présenté des faits dont la vérification exige la présence de celui-ci, ou l'exhibition de pièces de sa part. Le tribunal ne s'est pas suffisamment éclairé sur la demande qu'on lui fait; elle ne lui sera pas justifiée complètement. Toutefois, il ne la croira peut-être pas dénuée de fondement, et d'un autre côté, il la croira entièrement fondée quant au chef principal : alors il condamnera le défaillant à payer, mais il déclarera que quant *à présent* il n'y a lieu de statuer sur la demande en exécution par voie de contrainte par corps. Alors il faut dire que le demandeur pourra renouveler cette demande et se la faire adjuger lorsque le défendeur viendra faire opposition au jugement. Celui-ci ne pourra objecter que le tribunal a jugé que la contrainte par corps ne devait pas être prononcée. Les juges répondront qu'ils n'ont pas statué sur ce point, qu'ils ont sursis à y statuer, et qu'en le jugeant actuellement, ils n'ajoutent rien à leur décision originaire, qu'ils n'ont pu rendre qu'au principal et non sur le mode d'exécution que le demandeur voulait y faire attacher.

«Or, cette hypothèse est bien différente de celle où le tribunal aurait formellement refusé de prononcer la contrainte par corps contre le défendeur dans son jugement par défaut, et de celle où il aurait omis de la prononcer. Dans ces deux premiers cas, on doit décider qu'il y a impossibilité pour le demandeur de faire prononcer cette contrainte, si le défendeur fait opposition à la condamnation. Vainement voudra-t-il justifier que la loi imposait au tribunal le devoir de condamner son adversaire par corps, et que l'opposition doit donner au demandeur en débouté le droit d'attaquer incidemment le jugement par défaut, de même que l'appel principal donne à l'intimé le droit de faire réformer incidemment le jugement dont est appel; il faudra toujours en revenir à ces deux règles insurmontables : qu'un tribunal ne peut rien changer à ce qu'il a jugé, sous prétexte qu'il a mal jugé par erreur. Le demandeur pourra interjeter appel, et faire décider par la Cour royale que la contrainte par corps a été refusée à tort par les premiers juges. »

Quant à nous, nous n'admettons nullement cette doctrine compliquée, comme on le voit, par plusieurs distinctions; nous pensons qu'il ne peut y avoir chose jugée entre deux parties que lorsque chacune a fait valoir ses moyens. Or, il n'en est pas ainsi lorsque, sur le défaut du défendeur, le demandeur prend un jugement contre lui. Ainsi donc le défendeur qui a été condamné par défaut, et seulement par les voies ordinaires, envers le demandeur, ne peut soutenir qu'il y a eu, sur les conclusions de celui-ci tendantes à la contrainte par corps, la contradiction nécessaire pour constituer la chose jugée sur ses conclusions. D'ailleurs, y aurait-il eu chose jugée, le fait de l'opposition l'anéantit, puisqu'elle renverse tout ce qui compose le jugement contre lequel elle est dirigée.

D'un autre côté, si on remarque la bizarrerie résultant du système contraire, on voit bientôt qu'il est insoutenable. En effet, supposons un instant que le demandeur ne puisse, sur l'opposition de son adversaire, conclure de nouveau à la contrainte par corps, et que, pour obtenir le droit de l'exercer, il soit obligé d'interjeter appel du jugement par défaut qui la lui a refusée. Supposons qu'en même temps le défendeur fasse opposition à ce même jugement qui le déclare débiteur, mais tenu seulement par les voies ordinaires; il arrivera peut-être que la Cour royale déclarera le défendeur contraignable par corps, tandis que le tribunal de première instance jugera qu'il ne doit rien. Ce résultat n'est-il pas suffisant pour faire repousser le système qui le produit? Ajoutez à ce résultat, que le jugement par défaut frappé d'opposition tomberait dans une partie et subsisterait dans une autre, quoique l'opposition l'anéantisse, d'après la doctrine de tous les auteurs. Nous pensons donc que le créancier qui n'a pu obtenir qu'une condamnation par défaut et par les voies ordinaires contre son débiteur, peut, sur l'opposition de celui-ci à cette condamnation, conclure de nouveau à la contrainte par corps, et que le tribunal peut lui adjuger cette demande, quoiqu'il l'ait rejetée dans son premier jugement. Toutefois, nous ne dissimulons pas la force des arguments qui militent en faveur de la doctrine contraire, adoptée par le tribunal de la Seine dans un jugement du 17 avril 1832 (1re chambre). Et nous ferons observer qu'il en serait autrement si le demandeur faisait déclarer l'opposition non recevable, ou nulle en la forme. Voyez nos Quest. 588 *quinq.* 5°, 661 et 695]]

621. *Résulte-t-il du silence du Code de procédure, que la partie défaillante ne puisse faire rabattre le défaut?*

Rabattre un défaut, c'est lever, supprimer un défaut qui a été prononcé à l'audience.

L'art. 5 du titre 14 de l'ordonnance de 1667 permettait de rabattre les défauts à la même audience où ils avaient été prononcés.

Ainsi, quand le défaillant ou son défenseur se présentait avant que l'audience fût levée, il pouvait demander aux juges de rabattre le défaut, et on prononçait en ces termes : *le défaut rabattu.* Mais s'il y avait affectation de la part du défaillant ; s'il laissait toujours prendre un défaut, et venait ensuite à la fin de l'audience seulement pour le faire rabattre ; si, par ce moyen, il tâchait d'éluder de plaider contradictoirement, il était laissé à la prudence du juge de ne point rabattre le défaut, et d'ordonner qu'il tiendrait, ou, s'il en était encore temps, que les parties plaideraient.

Pour éviter toute difficulté, plusieurs tribunaux étaient dans l'usage de n'accorder les défauts qu'à la fin de l'audience.

Le Code de procédure n'a point répété la disposition de l'article précité de l'ordonnance, et de là naît la question de savoir s'il ne dépend plus du juge de déclarer le défaut rabattu. Elle a été résolue négativement par M. Demian Crouzilhac, pag. 132.

Nous ne pensons pas que le législateur, qui a conservé au défaillant la voie de l'opposition, ait eu l'intention de ne pas accorder aux juges une faculté dont l'usage tend à hâter la décision contradictoire, et à prévenir les frais d'opposition (1).

---

(1) Nous ne voyons, au reste, et M. Demian Crouzilhac en convient lui-même, aucun inconvénient à déclarer un défaut rabattu, soit que la partie justifie à la même audience qu'elle a constitué avoué, soit lorsqué l'avoué constitué se présente pour plaider. Tout ce qui nous semble du silence du Code, c'est, comme le disent les auteurs du Praticien, t. 1, p. 446, que le législateur n'a pas cru devoir consacrer, par une disposition législative, l'exercice d'une faculté que la justice semble commander, et qu'il a laissé à chaque tribunal le soin de régler ce point comme objet de discipline intérieure.

Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Metz, du 13 octobre 1815 (*Sirey*, t. 19, p. 75, et *J. Av.* t. 15, p. 395). Mais il convient d'observer qu'un tribunal ne peut user de cette faculté qu'avec ménagement ; par exemple, en rabattant ce défaut, il ne souffrira pas que la cause s'engage sur le fond, si l'autre partie, comptant sur le jugement par défaut qu'elle aurait obtenu, n'est plus à l'audience. En ce cas, le juge pourrait bien déclarer le défaut rabattu, mais il remettrait la cause à un jour indiqué, à charge à la partie qui aurait obtenu la rétractation du défaut d'appeler l'autre à l'audience par un simple acte.

[En rapportant l'arrêt du 13 octobre 1815, dans notre journal, nous avons émis à regret cette opinion, que le jugement prononcé appartenant à la partie qui l'a obtenu, le bénéfice ne peut lui en être enlevé que par une voie légale, et qu'enfin la faculté de rabattre le défaut qui était textuellement écrite dans l'ordonnance de 1667, ne se retrouvait pas dans les lois nouvelles.—MM. Favard de Langlade, t. 3, p. 166, et Boncenne, t. 3, p. 115, ont pensé que le jugement ne pouvait être retracté que par une opposition en forme. Comme il est certain d'un autre côté que l'usage est justifié par une bonne administration de la justice, il faut que les tribunaux le maintiennent d'une manière indirecte. Ils le peuvent en ne prononçant aucun défaut qu'au moment de lever l'audience. En montant sur le siége, un premier appel des causes aura lieu ; toutes celles contradictoires seront renvoyées au rôle, et les autres conservées par l'audiencier pour être réappelées à la fin de l'audience et comme les juges doivent *en conscience* faire la vérification exigée par la loi, ils renverront au lendemain toutes les causes pour lesquelles il n'y aura pas urgence. Il est à notre connaissance que la Cour de cassation elle-même a rabattu des défauts à l'audience où ils avaient été prononcés ; et la chambre criminelle a été plus loin encore, car elle est revenue le lendemain sur un arrêt prononçant une fin de non-recevoir contre le demandeur (arrêt du 17 août 1832, *J. Av.* t. 44, p. 360). Nous n'approuvons pas cette décision, *en droit*, mais nous la citons pour prouver que c'est le désir de la magistrature de ne pas permettre à une partie d'obtenir gain de cause par surprise. On voit que tout en partageant l'opinion rigoureuse de M. Boncenne, nous ne pouvons adopter en théorie sa répugnance pour le rabat de défaut, qui lui paraît appartenir au système incomplet des anciennes lois ; au contraire nous pensons que c'est un oubli fâcheux des législateurs de 1807.]

ART. 151. Lorsque plusieurs parties auront été citées pour le même objet à différents délais, il ne sera pris défaut contre aucune d'elles qu'après l'échéance du plus long délai.

1168.—[Comm. du Tarif, t. 1, p. 226, n° 7]—Réglem. du cons. du 28 juin 1738, 2e part., tit. 2, art. 2. — Voy. Jousse, en son Comm. sur l'art. 3, tit. 5, de l'ordonn. de 1667. — C. de P., art. 72, 73, 179, 184, 1033. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 48, 49, 50, 53 et 54. — Arm. Dalloz, v° *Délai*, n° 89, et *Jugement par défaut*, n° 122.—Locré, t. 21, p. 479 n° 3. —QUESTION TRAITÉE. L'art. 151 doit-il être restreint au cas seulement où le même objet est indivisible? *Q.* 621, *bis*] (1).

CXI. La disposition de cet article est fondée sur ce qu'on ne peut, lorsque plusieurs défendeurs sont assignés pour le même objet, lier la contestation en cause, qu'après l'expiration du plus long délai qui serait accordé à l'une d'elles; mais si, au contraire, l'objet de la demande se divisait en plusieurs faits indépendants, de telle manière que chacune des parties assignées eût à répondre séparément au chef qui la concerne, on pourrait obtenir des condamnations successives contre chaque défaillant à l'expiration de chaque délai.

[[621 bis. *L'article* 151 *doit-il être restreint au cas seulement où le* même objet est indivisible?

M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, adopte l'affirmative, et il se fonde sur ce que l'article 151 n'a pour objet que d'économiser les frais, et que le demandeur peut avoir intérêt à ne pas attendre l'échéance à l'égard des derniers défaillants.

Nous sommes fondé à penser que telle n'était pas l'opinion de M. Carré, d'après les motifs qu'il donne de l'art. 151, n° CXI; quant à nous, nous ne pouvons partager la doctrine de M. Pigeau. Les articles 151 et 152 présentent deux ordres d'idées différents : dans l'un, la procédure est tracée; *il ne sera pris défaut qu'après l'échéance du plus long délai* : le plus long délai est alors le délai de tous les assignés; c'est le demandeur lui-même qui, par une assignation commune, fait présumer que chacun des assignés aura un intérêt commun à défendre. Si ce sont des associés, des héritiers, des communistes, la pensée du législateur se révèle par leur position, et il ne doit pas être permis au demandeur d'obtenir sentence contre le moins éloigné, qui compte peut-être sur les moyens et les pièces de celui qui habite une contrée plus lointaine, et qu'il sait être assigné comme lui : dans le combat judiciaire, tout doit être loyal; la marche indiquée par M. Pigeau ne le serait pas. Remarquons que l'article se sert de ces mots, *le même objet*, et que M. Carré fait observer que la règle du retard ne serait plus applicable, au cas où les parties assignées auraient à répondre chacune séparément sur un chef spécial. Il est évident, d'ailleurs, que dans ce dernier cas, ce serait un procès séparé pour chacun : les art. 152 et 153 ne seraient même plus applicables. Il est donc inexact de dire, comme l'a dit M. Pigeau, que l'article 151 ne doit s'appliquer qu'au cas où *le même objet est indivisible.*

Dans le second ordre d'idées, le législateur a voulu spécialement sanctionner, par une peine, la prescription de l'art. 151, ce que l'art. 1033 rendait même

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que lorsque sur la demande de l'avoué de l'une des parties, le jour d'une affaire fixée le 20 est avancé de 5 jours, et que le 15 cet avoué laisse prendre défaut, ses parties ne peuvent se faire un moyen de cassation de cette anticipation volontaire, sur le motif qu'il y aurait violation de défense. (*Cass.*, 20 *mars* 1828, *J. Av.* t. 35, p. 215.)]

inutile, puisque tout défaut pris avant l'échéance du plus court délai était un acte frustratoire. — *V.* notre *Question*, 621 *ter*.]]

ART. 152. Toutes les parties appelées et défaillantes seront comprises dans le même défaut ; et s'il en est pris contre chacune d'elles séparément, les frais desdits défauts n'entreront point en taxe, et resteront à la charge de l'avoué, sans qu'il puisse les répéter contre la partie.

T. 168. — [Comm. du Tarif, t. 1, p. 226, n° 8.] — Réglem. du cons. du 28 juin 1738, tit. 2, art. 3. — V. Jousse, en son Comm. sur l'art. 3, tit. 5, de l'ordonn. de 1667. — C. de P., art. 1031. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 56 et 63. — Arm. Dalloz, v° *Jugement par défaut*, n° 124 et suiv. — Locré, t. 21, p. 539, n° 41. — QUESTIONS TRAITÉES. Les jugements par défaut obtenus en contravention des art. 151 et 152 sont-ils nuls? *Q.* 621 *ter*. — Le jugement par défaut obtenu avant l'expiration du délai de quinzaine accordé par l'article 75 à l'avoué du défendeur pour signifier ses défenses est-il nul ? *Q.* 621 *quat.*]

CXII. On voit, par cet article, que la loi, toujours soigneuse, afin d'empêcher qu'on ne multiplie les frais, sanctionne la disposition du précédent, en faisant, au cas particulier qu'il exprime, l'application de l'art. 1033.

[[621 ter. *Les jugements par défaut obtenus en contravention des art.* 151 *et* 152 *sont-ils nuls ?*

S'il est un principe reconnu et incontestable en procédure, c'est que tout jugement obtenu contre une partie n'ayant pas été citée, est nul ; la conséquence logique de ce principe est encore que tout jugement *surpris* avant l'échéance des délais est nul (*Dictionnaire général de Procédure*, v° *Jugement par défaut*, n°s 48 et 49, et notre *Question*, 621 *quater*). — Comment ne déciderions-nous pas alors l'affirmative de la question, lorsqu'en énonçant la Question 621 *bis*, nous avons trouvé dans l'art. 151 une défense expresse de prendre jugement et non la solution d'une simple question de taxe. Nous sommes étonné que M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1, page 345, n° 2, après avoir admis que l'art. 151 s'appliquait au moins *au cas où le même objet est indivisible*, se prononce contre la nullité du jugement : *Ainsi*, dit-il, *ce jugement produirait tous ses effets, interromprait la prescription*, etc.; et il va jusqu'à penser que dans le cas où il produirait un avantage quelconque au demandeur, l'avoué n'en devrait pas supporter les frais. Il est certain qu'en adoptant la solution de M. Pigeau, ce serait punir un avoué d'un excès de zèle ; mais c'est précisément à cause de la nullité évidente du jugement obtenu contre le vœu de la loi, que le législateur a dit impérativement, *n'entreront point en taxe, resteront à la charge de l'avoué*. Mais M. Pigeau se fonde sur ce que les derniers mots de l'article *resteront*, etc., n'ont été ajoutés qu'au conseil, et il tire de l'ancienne rédaction cette conséquence, que d'abord le législateur a voulu la nullité, mais qu'ensuite la seule peine a été la condamnation de l'avoué aux frais du jugemen obtenu. Nous ne pouvons interpréter ainsi l'addition faite, selon nous dans le but unique que nous avons déjà signalé, de poser une sanction immédiate à une règle importante ; et ce qui nous détermine, c'est que la nullité d'un jugement par défaut pris sans citation, avant l'expiration des délais légaux, existe, sans qu'aucune loi ne la prononce, par cette raison donnée le 14 nivôse an VIII, par la Cour de cassation, qu'un semblable jugement doit être considéré comme ayant été pris sans assignation préalable.

M. BONCENNE, t. 3, p. 36, pense que l'opinion que nous avons combattue fausse l'esprit du Code, et il se fonde principalement sur ce qu'elle déna-

turerait tout le système des jonctions de défaut, système qui tient à l'ordre public.]] **Supp. alph** V° *Jugement par défaut*, n. 34, 35.

[**621** quater. *Le jugement par défaut obtenu avant l'expiration du délai de quinzaine accordé par l'avoué du défendeur pour signifier ses défenses, est-il nul?*

On s'étonnera sans doute, après avoir lu nos deux précédentes solutions, que nous n'ayons, pour répondre à cette question, qu'à transcrire l'opinion de M. PIGEAU dans son *Commentaire*, t. 1, p. 214 : « Oui, dit cet auteur, quoique la loi « ne prononce pas la nullité, et que l'art. 1030 veuille que la nullité soit formel- « lement prononcée; parce que l'on violerait une des règles les plus essentielles « de l'ordre judicaire, celle qui ne permet pas qu'on condamne une partie sans « qu'elle ait été mise à portée de se défendre, et qu'elle est hors d'état de le « faire lorsqu'on la prive du délai que la loi lui donne à cet effet. » Ce sont les principes que nous avons développés, en examinant les deux questions précédentes. Sur la question proposée, l'opinion de M. Pigeau est la nôtre, et nous pouvons invoquer l'autorité d'un arrêt de la Cour de Paris, du 27 août 1829 (*J. Av.* t. 37, p. 277.) On disait devant cette Cour que « le délai accordé n'avait « eu pour motif que de faciliter le *développement* des moyens de défense; mais « que quant aux moyens en *eux-mêmes*, ils étaient connus du jour de la consti- « tution d'avoué, et qu'alors le défendeur pouvait conclure et empêcher le ju- « gement par défaut; que sa défense était restée libre, et qu'on ne devait pas « prononcer une nullité non écrite dans la loi. » Mais ce système fut rejeté, *vu*, dit la Cour, *le droit sacré de la défense, et les formalités substantielles tracées par le Code de procédure.*]] V. Q. 395 *bis*.

ART. 153. Si de deux ou de plusieurs parties assignées (1), l'une fait défaut et l'autre comparaît, le profit du défaut sera joint, et le jugement de jonction sera signifié à la partie défaillante par un huissier commis : La signification contiendra assignation au jour auquel la cause sera appelée ; il sera statué par un seul jugement, qui ne sera pas susceptible d'opposition.

T., art. 29, 168. [Comm. du Tarif, t. 1, p. 226, 227, 228 et 229, n°s 9 à 15.] Réglem. du cons. du 20 juin 1738, art. 3. — C. de P., art. 158, 173, 184 et 734 [Notre Dictionn. génér. de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 67, 67 *bis*, 71 à 81, 83 à 86, 89, 366 à 369 ; *Exceptions*, n°s 25; *Ordre*, n° 232, 358; *Référé*, n° 89; *Reprise d'instance*, n° 32; *Saisie-arrêt*, 294; *Saisie immobilière*, 765, 916; *Vérification d'écriture*, n° 24. — Devilleneuve, v° *Appel*, n° 171 et s.; *Jugement par défaut*, n° 24 à 43, *Saisie immobilière*, n° 315, et *Serment décisoire*, n° 14 *bis*.— Arm. Dalloz, v° *Appel*, n° 195; *Exceptions*, n° 402; *Garantie*, n° 569; *Instruction par écrit*, n° 102; *Jugement par défaut*, n° 129, 132 à 140, 160 et s., 171 et s., et 492, *Ordre*, n° 371; *Reprise d'instance*, n° 55; *Serment*, n° 139, et *Vérification d'écriture*, n° 17.—Locré, t. 1, p. 279, n° 4.—QUESTIONS TRAITÉES: Le défaut-joint doit-il être prononcé en toutes matières *sommaires* ou *ordinaires*, *civile* ou *commerciale*, en *procédure de saisie immobilière*, de *saisie-arrêt*, *d'ordre*, etc.? *Q. 621 quint.* — Les appelés en garantie qui font défaut sont-ils compris dans cette expression de l'art. 153, *parties assignées*? *Q. 621 sex.*—Un jugement sera-t-il nul si le tribunal, dans le cas prévu par l'art. 153, n'a point ordonné la jonction du défaut? *Q.622.*—L'avoué qui a conclu sur le jugement de jonction devient-il non recevable à proposer, lorsqu'il comparaît de nouveau au jour indiqué par ce jugement soit un déclinatoire, soit un moyen de nullité, soit enfin toute autre exception qui doit être proposée *in limine litis* ou qui se couvrirait par la procédure volontaire de la partie? *Q.623.*—Si l'un des défendeurs comparants présentait des moyens tels qu'il fallût, avant de faire droit, ordonner un interlocutoire, par exemple, une enquête, une expertise, l'opération pourrait-elle être ordonnée par le jugement qui donnerait défaut contre les défendeurs et qui en joindrait le profit au fond? *Q. 624.*—Peut-on commettre l'huissier par jugement séparé de celui qui a ordonné la jonction? *Q. 625.*—Comment le tribunal commet-il

(1) [Pour qu'il y ait lieu à défaut-joint, il faut que les diverses parties soient assignées *pour le même objet* (*V.* notre *Question* 621 *bis*].

un huissier, quand la signification du jugement de jonction doit être faite dans un lieu qui n'est pas situé dans son ressort? *Q.* 626. — Peut-on opposer au demandeur les nullités de la signification faite par l'huissier commis? *Q.* 627. — Si par l'exploit introductif, l'assignation avait été donnée à bref délai, celle à donner en vertu du jugement de jonction devrait-elle être donnée à comparaître dans les délais ordinaires? *Q.* 628. — Un jugement de jonction peut-il avoir lieu après constitution d'avoué de la part de tous les défendeurs, lorsque les avoués de quelques-uns ne se présentent pas à l'audience. *Q* 629. — La partie défaillante, lors du jugement de jonction, peut-elle y former opposition? *Q.* 630. — Si, avant ou après la signification du jugement de jonction, le défaillant constituait avoué, les plaidoiries n'en devraient-elles pas moins avoir lieu au jour fixé par la nouvelle assignation? *Q.* 631. — Le jugement rendu après jonction n'est-il contradictoire qu'à l'égard de la partie qui n'a pas comparu lors du premier jugement qui a ordonné cette jonction? *Q* 632. — Lorsque sur plusieurs parties assignées, l'une d'elles n'a pas comparu, et que le tribunal a prononcé défaut contre elle sans *joindre le profit du défaut*, le jugement qui intervient sur la réassignation peut-il être attaqué par voie d'opposition par la partie qui avait d'abord comparu, si elle fait défaut, sur cette réassignation? *Q.* 632 *bis*. — Lorsqu'il y a eu défaut-joint et réassignation, tous les jugements sont-ils contradictoires, soit qu'ils soient rendus sur des incidents, soit qu'ils concernent le fond? *Q.* 632 *ter*] (1) V. *infrà*, p. 44, Q. 623 *bis*

CXIII. De ce que l'art. 150 veut que les juges ne prononcent jamais une condamnation par défaut, sans avoir vérifié le fondement de la demande, il suit naturellement que si, de deux ou plusieurs parties assignées, *pour le même objet*, l'une fait défaut, tandis que l'autre comparaît, le tribunal, qui n'aura complètement vérifié la demande qu'après que le défendeur *comparant* aura déduit ses moyens, et que le débat contradictoire sera terminé, ne peut jusqu'alors prononcer contre le défaillant en parfaite connaissance de cause : on courrait le risque de rendre sur le même point deux jugements opposés. C'est dans la vue de prévenir un inconvénient aussi grave que l'art. 153 veut que, dès la première audience à laquelle une partie assignée fait défaut, le tribunal, après avoir décerné acte de la non comparution du défaillant, ordonne que le *profit* du défaut (2) sera joint, pour être statué entre toutes les parties par un seul et même jugement. Cette jonction, dont l'effet est de suspendre la décision du procès pendant un certain temps, est signifiée à la partie défaillante, avec assignation à comparaître au jour où la cause doit être appelée de

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que,

1° Lorsqu'une partie, appelée en assistance de cause et en déclaration d'arrêt commun, ne comparaît pas, il doit être donné défaut-joint contre elle, lors même qu'elle est appelante, et qu'elle comparaît par un avoué dans une autre instance entièrement connexe avec la première. (Poit. 10 déc. 1829. *J. Av.*, t.38, p. 260.)—Il en serait ainsi, lors même que le défendeur défaillant aurait été assigné après les autres, et seulement en déclaration de jugement commun. (Bordeaux, 11 janv. 1833. *J. Av.*, t. 44, p. 283.)

2° Le défaillant auquel on signifie un jugement par défaut profit-joint doit être assigné à comparaître dans le délai ordinaire des ajournements, *à peine de nullité* de l'exploit. (Paris, 5 juill. 1834. *J. Av.*, t. 47, p. 606. V. *infrà* notre *Question* 628.)

3° Lorsqu'un arrêt rendu entre trois parties donne commission rogatoire à une Cour de procéder à la réception d'une affirmation, et que deux seulement comparaissent pour assister à la prestation de serment, il n'y a pas lieu à défaut-joint contre la partie qui ne comparaît pas : l'affirmation doit être reçue malgré sa non-comparution. (Poitiers, 10 janv. 1826. *J. Av.*, t. 30, p. 172.)

4° Le jugement rendu sur défaut-joint n'est plus attaquable par voie d'opposition : 1° quoique l'exploit de réassignation soit argué de nullité, s'il y a eu constitution d'avoué avant le second jugement de la part de la partie qui veut plus tard y former opposition ; (Metz, 18 juin 1825. *J. Av.*, t. 32, p. 310.) 2° quoiqu'on ait à proposer un moyen d'incompétence; (Toul. 21 mars 1833, *Tajan*, t. 26, p. 418.) 3° quoiqu'une partie, qui ne figurait pas lors du jugement qui a ordonné le défaut-joint, soit intervenue avant le second. (Toul. 30 avr. 1827. *Tajan*, t. 14, p. 458.)]

(2) On appelle ainsi l'adjudication des conclusions prises contre le défaillant par la partie qui comparaît, et qui, au moyen de cette adjudication, *profite*, c'est-à-dire *tire avantage* de la non-comparution de son adversaire. On voit, par les explications ci-dessus, que ce *profit*, dans le cas de l'art. 153, est *joint*, autrement réuni à la cause ou discussion qui existe entre les parties comparantes, pour n'être adjugé que dans le cas d'un second défaut laissé sur l'assignation qui ordonne le jugement de jonction.

nouveau. Pour que nul doute ne s'élève sur l'exactitude et la régularité de cette signification, le tribunal commet l'huissier qui doit la faire; au jour fixé par la nouvelle assignation, la cause est appelée, les parties comparaissent, plaident, et l'affaire est décidée, tant en présence qu'en absence de l'une ou de l'autre des parties, par un seul et même jugement, qui reçoit, à l'égard des défaillants, quels qu'ils soient, toute la force d'un jugement contradictoire, et qui, par conséquent, n'est en aucun cas susceptible d'être attaqué par voie d'opposition.

621 quinq. *Le défaut-joint doit-il être prononcé en toutes matières,* sommaire ou ordinaire, civile ou commerciale, en procédure de saisie immobilière, de saisie-arrêt, d'ordre, *etc.?*

M. CARRÉ n'avait pas pensé que cette question dût offrir de difficulté, car il l'avait placée dans ses notes *jurisprudence;* voici comment il s'était exprimé :

« 1° *Dans toute affaire* où les défendeurs sont les uns *comparants*, les autres *non comparants*, les juges doivent nécessairement prononcer selon la règle posée par l'art. 153; ils ne peuvent, à peine de nullité, rendre un jugement par défaut et un jugement contradictoire; ils doivent *d'office* rendre *jugement de jonction*, pour que la cause soit ultérieurement jugée entre parties par un seul et même jugement non susceptible d'opposition : nulle distinction n'est à faire à cet égard entre les causes sommaires, les causes non sommaires (*Cass.*, 15 janv. 1821; *S.*, t. 21, 1re part., p. 98, et *J. Av.* t. 23, p. 6), et les affaires portées devant les tribunaux de commerce. (*Cass.* 29 juin 1819 ; *S.* t. 20, 1re part., p. 55, et *J. Av.*, t. 13, p. 267.)

« NOTA. Cette dernière décision est conforme à l'opinion générale des auteurs, et avait été consacrée par arrêt de la Cour de Paris, du 15 fév. 1810. (*J. Av.*, t. 15, p. 340.)

« 2° Mais l'art. 153 ne serait pas applicable dans les procédures en expropriation forcée. (Agen, *Comm. inséré aux Ann. du not.*, t. 1, p. 301.)

« NOTA. Cet arrêt a pour motifs que ces sortes de procédures ont des formes qui leur sont particulières; qu'elles exigent la plus grande célérité; que la jonction des défauts entraînerait des longueurs qui nuiraient à cette célérité, surtout dans les expropriations, où il y a un grand nombre de parties intervenantes, dont les domiciles sont souvent fort éloignés du tribunal devant lequel la poursuite est portée; enfin, que les lois particulières qui règlent ces sortes de procédures ne prescrivent pas les formalités de la jonction des défauts.

« Au surplus, d'après la maxime, *causæ continentia dividi non possunt,* on doit admettre comme règle générale qu'on doit faire la jonction de toutes les causes qui ont un objet commun, qui peuvent être instruites et jugées en même temps. (BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 263, note 10.)

« 3° L'art. 153 n'est pas même applicable aux appels des jugements rendus sur les incidents des saisies immobilières, ces arrêts n'étant pas susceptibles d'opposition; en ce cas, il n'y a pas lieu, en effet, à ordonner la jonction du profit de défaut. (*Turin*, 19 avril 1811; *S.*, t. 12, p. 190, et *J. Av.* t. 20, p. 315.) »

Après avoir posé ce principe que le défaut-joint était nécessaire en toutes matières *sommaires* ou *non sommaires*, M. Carré aurait dû donner sur la question relative aux expropriations forcées un autre motif que la célérité et le grand nombre des parties intervenantes. Nous croyons devoir entrer dans de plus grands développements sur la question posée, parce qu'il n'y a pas unanimité dans les Cours et dans les auteurs.—Reprenons séparément chacune des hypothèses qui peuvent se présenter.

1° *En principe général,* le défaut-joint doit être prononcé en toute matière,

même en matière sommaire, ou requérant célérité. Le vœu de l'article 153 est absolu; l'injonction est conçue en termes généraux; la loi ne distingue pas. Tel est aussi l'avis de M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 287, nº 179, et c'est ce qui a été décidé par l'arrêt du 15 janvier 1821, cité par M. CARRÉ. Cet arrêt, fortement motivé, prononce *une cassation*. En voici les principaux motifs :—« Considérant que l'art. 153 du C. de pr. civ., conçu en termes généraux et absolus, sans distinction entre les affaires ordinaires et les causes sommaires ou qui doivent être jugées sommairement, fixe les limites du pouvoir des juges et dicte le jugement qu'ils sont tenus de rendre, dans le cas où de deux ou plusieurs parties assignées les unes font défaut et les autres comparaissent; que l'obligation qu'il leur impose dans ce cas particulier, qui n'avait pas été prévu par l'ordonnance de 1667, est générale et devait l'être, parce que les abus résultant de la négligence ou de la prévarication de quelques huissiers, le danger des fréquentes contrariétés de jugements, les lenteurs, les frais multipliés occasionés par les oppositions successives des défaillants (abus et danger signalés au corps législatif par les orateurs du gouvernement et du tribunat), n'étaient pas moins préjudiciables aux parties et à l'administration de la justice dans les matières sommaires que dans les affaires ordinaires;—Considerant que les juges n'ont pas été affranchis de cette obligation, en matière sommaire, par l'art. 405 du Code, puisqu'il ne dit pas que, dans les causes qui devront être portées à l'audience sur un simple acte, sans procédure ou formalité, les juges pourront admettre d'autres règles de leurs jugements que celles de l'art. 153. »

Cette doctrine a été également consacrée par un arrêt du 1er décembre 1826, de la cour de Besançon. (*Journal des Arrêts* de cette Cour, 1826, p. 162.)

Cependant la Cour royale de Bordeaux, résistant à cette pensée si juste de la Cour de Besançon, que c'était surtout dans les causes requérant célérité que le défaut-joint était le plus nécessaire, en ce que cette procédure ôte au défaillant le moyen de faire défaut, a refusé de prononcer le défaut-joint en matière de référé. (Arrêt du 24 juillet 1833, *J. Av*, t. 45, p. 605.) — A la vérité, cette Cour s'est fondée sur un argument tiré de l'art. 809, en ce que l'opposition n'était pas permise en matière de référé. Elle a commis une erreur grave en appliquant l'article 809 à l'appel des ordonnances de référé. (*V.* notre *Question* 2772.) On conçoit fort bien que le défaut-joint soit inadmissible en première instance lorsque le juge du premier degré ne connaît pas de défaut; mais, en appel, la matière est sommaire, mais elle rentre dans l'application du principe général.

2° Quid, *en matière de vérification d'écritures ?* M. Carré reproduisant des distinctions faites par M. LEPAGE, p. 175, s'est exprimé en ces termes, Question 861: « Nous distinguerons deux cas : Premièrement celui où deux débiteurs auraient souscrit la même obligation;

« Secondement, celui où plusieurs héritiers seraient assignés en reconnaissance de l'écriture de leur auteur.

« Dans le premier cas nous pensons que le tribunal, sans appliquer l'art. 153, peut tenir pour reconnue la signature attribuée au défaillant, et donner acte de la reconnaissance que le comparant donnerait de la sienne. Si l'art. 153 exige la jonction du profit du défaut et la réassignation des défaillants, c'est parce qu'il suppose que la cause est commune à tous les défendeurs. Or, on ne peut admettre cette hypothèse dans notre espèce, où la cause de l'un ne peut être celle de l'autre, puisque celui-ci peut n'avoir pas signé l'écrit auquel celui-là reconnaît avoir apposé sa signature.

« Dans le second cas on ne pourrait dire que la cause de chaque défendeur pût être séparée de la sorte de celle des autres; car ce n'est pas la signature de chacun d'eux en particulier qu'on leur présente, c'est celle d'un seul individu aux droits duquel ils sont également. Ici la cause est commune, il faut par conséquence appliquer l'art. 153. (*V. Quest. de* LEPAGE. 175 et 176.) »

Ces distinctions ne nous paraissent nullement fondées; elles sont arbitraires et ne doivent pas être admises.

3° Quid, *en matière de saisie-arrêt?* M. Pigeau, t. 2, p. 64, admet en ce cas le défaut-joint. Nous partageons cette opinion qui est aussi professée par M. Roger dans son *Traité de la saisie-arrêt*, p. 323, n° 537, quoiqu'on puisse invoquer un arrêt contraire du 3 mai 1809 de la Cour de Besançon. (*J. Av.*, t. 19, p. 283.)

On nous a soumis quelques objections auxquelles nous devons répondre.

« Le Code s'est attaché, a-t-on dit, dans l'art. 153, à éviter la contrariété de jugements, et n'a pas voulu qu'une question résolue d'une manière, quant à l'un, pût être résolue différemment, quant à l'autre, dans la même instance; aussi trouve-t-on beaucoup de rapport entre l'article précité et l'art. 151 qui le précède, il ne s'agit que du cas où plusieurs parties sont appelées pour le même objet.

« La demande en validité de saisie est étrangère au tiers saisi; il ne s'agit quant à ce dernier que d'une simple question de fait : *Que devez-vous?* lui dit le saisissant. La question de droit ne peut être débattue qu'avec le saisi, il faut même aller plus loin. Le tiers saisi n'a pas le droit d'élever la voix pour soutenir la validité de la saisie, il doit rester complètement étranger à la discussion, il n'est pas partie dans l'instance *en validité de saisie;* on n'attend de lui qu'une réponse, je dois ou je ne dois pas, et je paierai à qui par justice sera ordonné; tout le reste ne le regarde pas, parce qu'il n'est qu'appelé en déclaration. La partie saisie et le tiers saisi n'étant pas appelés pour le même objet, il s'ensuit tout naturellement qu'il n'y a plus nécessité d'appliquer l'art. 153 Cod. proc. civ. »

Nous croyons pouvoir répondre que le saisi et le tiers saisi sont appelés *dans la même instance* et pour le *même objet*. En effet, l'instance en saisie-arrêt une et indivisible, se compose de la saisie elle-même, de la dénonciation avec assignation, de la déclaration du tiers saisi et des contestations qui peuvent naître sur ces diverses procédures. Mais on ne peut pas dire qu'il y ait instance particulière pour chacune d'elles. Il y a bien même objet, non pas que les deux parties aient un intérêt entièrement semblable, mais l'objet du demandeur qui est le paiement de sa créance est le même contre les deux; à l'un il dit : que devez-vous? à l'autre: vous me devez, consentez à ce que votre débiteur verse entre mes mains. Scinder ces deux instances, c'est selon nous contrarier les règles d'une bonne procédure : le saisi peut être intéressé à être présent aux débats entre le tiers saisi et son créancier; par exemple, à ce que le tribunal ne juge pas qu'il ne lui est rien dû. Ce serait un préjugé qui pourrait lui être nuisible, il peut arguer de nullité la procédure contre le tiers saisi; d'un autre côté, le tiers saisi doit surveiller la conduite du créancier, parce qu'il ne peut se libérer valablement entre ses mains, que sur une poursuite régulière; et s'il a payé malgré la saisie-arrêt, n'aura-t-il pas lui aussi intérêt à la faire annuler, son rôle ne sera donc plus si passif. Les trois personnes désignées par la loi nous paraissent devoir comparaître ensemble, pour un même but, qui est le versement d'une somme due par un tiers au saisi entre les mains du saisissant. Des art. 563, 564 et 565, il résulte, selon nous que l'instance doit être liée entre le saisissant, le saisi et le tiers saisi. On a insisté et on nous a dit : «Lorsque le saisissant a un titre authentique, les deux instances marchent de front et un seul jugement statue sur les deux objets : à défaut de ce titre authentique, l'instance contre le tiers saisi ne peut être intentée qu'après le jugement de celle contre le saisi; donc elles ne sont pas nécessairement jointes l'une à l'autre. »

Cet argument est spécieux, mais il ne suffit pas pour détruire l'opinion qui nous paraît la plus conforme au texte et à l'esprit de la loi; ne peut-on pas

répliquer avec avantage que dans ce cas, au lieu d'une seule instance il y en a deux, auxquelles sont appelés le saisi et le tiers saisi : la première, pour faire déclarer la créance légitime et voir le créancier obtenir jugement ; la seconde pour obtenir la déclaration du tiers saisi et faire ordonner le versement de ce qu'il doit entre les mains du saisissant ?

Nous pouvons invoquer un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 29 décembre 1834 (*J. Av.*, t. 54, p. 594.) : à la vérité, cet arrêt n'a pas précisément jugé que le défaut-joint devait être ordonné, mais on ne concevrait pas une procédure qui ne serait que facultative. Des termes de cet arrêt il résulte aussi la distinction admise par M. ROGER et tirée de l'art. 568 qui ne tend à permettre le défaut-joint que dans le cas où l'assignation en déclaration affirmative est elle-même permise.

4° Quid, *en matière de saisie immobilière ?* — Par deux arrêts, l'un de la Cour de Turin du 19 avril 1811, l'autre de la Cour de Poitiers du 26 juillet 1825 (*J. Av.*, t. 20, p. 315, et t. 29, p. 101), une distinction déjà indiquée par nous, *suprà* n° 1, a été sagement consacrée : ou il s'agit d'une nullité sur le jugement de laquelle le décret de 1811 n'admet pas d'opposition ni en instance, ni en appel; dans ce cas, pas de défaut-joint ; ou il s'agit d'une demande en distraction non comprise dans le décret, il faut alors prononcer un défaut-joint, parce qu'une opposition serait recevable. (*V.* notre *Question* 2440, au titre *de la Saisie immobilière.*)

5° Quid, *en matière d'ordre ?* — Deux arrêts ont adopté le principe du défaut-joint : le premier, de la Cour d'Orléans, du 29 août 1814, et le second, du 13 novembre 1824 (*J. Av.*, t. 17, p. 275, et t. 29, p. 205) : le second arrêt rendu sur procédure d'appel se justifie facilement ; il n'en serait pas de même du premier, s'il n'avait pas été rendu dans des circonstances particulières. Il ne s'agissait pas de prononcer un défaut-joint, mais de décider que le jugement rendu après réassigné était contradictoire ; l'affirmative ne pouvait être douteuse, puisqu'en thèse générale, il est de jurisprudence constante qu'en matière d'ordre l'opposition sur renvoi des commissaires à l'audience n'est pas recevable. (*Voy.* notre *Question* 2582.) Il faut donc adopter la même solution qu'en matière du référé.

6° Enfin, *les tribunaux de commerce doivent-ils prononcer défaut-joint?*—Comme on l'a vu plus haut, M. Carré a adopté l'affirmative, en s'appuyant sur un arrêt de cassation du 29 janvier 1819. Voici comment notre auteur s'est encore exprimé, *Question* 1512, à ce sujet :

«M. LEGRAS, p. 126, pense que l'on doit encore suivre, du moins à Paris, l'arrêt du conseil du 24 décembre 1660, qui ordonnait la réassignation de la partie défaillante, mais nous répondons avec M. MERLIN (*Voy. Nouv. Répert.* au mot *Consuls*, p. 21), que cet arrêt est abrogé par l'art. 1041. Tel est aussi l'avis de M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 312, et de M. PARDESSUS, t. 5, p. 79. « Quelques tribunaux, dit-il, sont dans l'usage d'ordonner la réassignation du défendeur non comparant, mais il n'y a pas nécessité, et si une telle réassignation était nulle, la validité de l'assignation principale suffirait pour que le défaut fût régulièrement obtenu, » c'est-à-dire que sur la comparution du défendeur, à l'effet d'opposer la réassignation, le demandeur pourrait prendre défaut, en vertu de l'assignation primitive, le défendeur refusant de plaider sur celle-ci. Le tribunal, en déclarant le réassigné nul, ne pourrait en ordonner un second. Mais plusieurs autres exceptent le cas de l'art. 153; d'autres, et *particulièrement* M. Demiau Crouzilhac, insistent contre cette opinion, et nous avons adopté leur sentiment. Dans notre analyse, *Question* 1402, nous nous fondions, 1° sur ce que le Code de procédure, en traçant pour les tribunaux de commerce une procédure spéciale, n'a point ordonné l'application de l'art 153 dans ces tribu-

naux, et 2° sur ce que le Code de commerce, en déclarant par l'art. 643, que les art. 156, 158 et 159 du premier, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront applicables aux mêmes jugements rendus par es tribunaux de commerce, ne prescrit point l'exécution de l'art. 153 (*Voy.* au surplus les *Questions* 86 et 93.)

« Mais la jurisprudence a rejeté cette doctrine, ainsi que nous l'avons dit sur 'art. 153, not. 1. (1).»

M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 287, au contraire, combat cette opinion, et s'efforce cependant à expliquer l'arrêt de 1819 en disant : « qu'il ne juge rien « autre chose, sinon que les juges n'avaient pas commis un excès de pouvoir, « qu'aucune loi ne leur avait défendu la réassignation ; qu'il ne déclarait point « cette réassignation nécessaire, ni que les juges de commerce ne pussent, « sans violer la loi, se dispenser de l'ordonner. » Et cet auteur se fonde sur ce que l'art. 643 du Code de commerce, a declaré applicables aux jugements par défaut les art. 156, 158 et 159, et non l'art. 153. — Un nouvel arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1829 (*J. Av.* t. 37, p. 215), paraît avoir adopté cette interprétation de M. Thomine, car on y lit qu'*aucune disposition du Code de procédure, ni du Code de commerce, n'impose aux tribunaux, jugeant commercialement, le devoir rigoureux de se conformer à ce que prescrit l'article précité, relativement aux défauts-joints au fond en matière civile.* Même décision dans deux arrêts des 11 décembre 1824 de la Cour d'Aix, et 3 août 1825 de la Cour d'Angers (*J. Av.* t. 27, p. 253, et t. 32, p. 134) ; nous devons citer encore un arrêt de la Cour de Lyon, du 25 février 1828 (*J. Av.* t. 34, p. 255), qui tranche la difficulté, et qui ne veut pas qu'une procédure soit facultative : aussi décide-t-il que l'opposition peut être formée même après réassigné. Cet arrêt consacre au moins un résultat conforme aux principes qu'il adopte.

S'il était vrai que les seules dispositions du Code de procédure applicables au défaut, en matière commerciale, sont les art. 156, 158, 159, 434 à 438, nous nous verrions forcé à regret d'adopter l'opinion de M. Thomine-Desmazures, et de rejeter une voie de procéder employée en matières commerciales avant même qu'on l'ait introduite dans les matières civiles (arrêt du conseil du 24 décembre 1668) ; mais pourra-t-on nier que l'art. 165 ne soit applicable aux matières commerciales, comme aux matières ordinaires ? Et alors, que devient cette énumération de l'art. 643 du Code de commerce, recueillie par tous les arrêts et par les auteurs ? Cet argument écarté, la règle générale reprend son empire, et rien ne nous paraît, en matière commerciale, nécessiter une exception repoussée par les termes généraux de la loi. Mais faisons bien observer, que dans notre opinion, nous sommes aussi absolu que la Cour de Lyon dans la sienne, et que nous n'admettons aucun tempérament. En un mot, le défaut-joint doit toujours être prononcé en matière commerciale : le jugement qui méconnaît cette règle doit être annulé. (*V.* notre *Question* 622.)]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 69 et s.

[[**621** sexies. *Les appelés en garantie qui font défaut sont-ils compris dans cette expression de l'art.* 153 : Parties assignées.

M. CARRÉ a donné son opinion sur cette question, dans deux endroits nous croyons que c'est ici sa place, et nous allons transcrire les deux passages où il en a parlé ; il adopte la négative. Sous l'art. 153, à la note *Juris*

---

(1) Il est à remarquer que M. MERLIN, *ubi supra*, dit qu'il paraît même qu'on ne pourrait plus aujourd'hui rabattre le défaut à la première audience, ainsi que cela se pratiquait autrefois. V. notre *Question* 621.
(*Note de M. Carré.*

prudence, n° 5, il a dit : « L'art. 153 n'est pas applicable au cas où un garant « mis en cause ne comparaît pas. Cet article n'a en vue que les défendeurs « originaires ; car la morosité d'un garant ne peut retarder la décision sur « la demande principale ; c'est au défendeur à exercer son recours contre lui « par action séparée.» Et il a cité un arrêt conforme, de la Cour de Rennes, du 16 juillet 1812. (*J. Av.* t. 15, p. 371.)—Sous l'art. 184, *Question* n° 769, il a ajouté : « L'art. 184 prouve que cette marche de procéder est la seule que l'on doive « suivre, puisqu'il ordonne de disjoindre, même dans le cas de jonction, la « demande principale et la demande en garantie, si celle-ci causait du retard « au demandeur originaire.» Et il a invoqué l'opinion de M. LEPAGE, p. 165.

Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de Poitiers, du 20 juin 1835 (*J. Av.* t. 49, p. 698) ; cette même Cour avait jugé le contraire, le 4 mars 1828, à la vérité dans une espèce où l'on avait omis de proposer l'exception tirée de ce que la demande en garantie avait été formée hors des délais de la loi. (*J. Av.* t. 33, p. 161.) Le 18 avril 1836, la Cour d'Amiens a rendu un arrêt qui a adopté la même solution que l'arrêt de 1835 de la Cour de Poitiers, mais en se fondant uniquement sur ce que la mise en cause du garant avait été tardive.... Nous partageons entièrement l'opinion de MM. Carré et Lepage, et nous croyons devoir décider en principe, que dans l'art. 153 il ne s'agit sous les mots *Parties assignées*, que des parties *assignées à la requête du demandeur ;* ainsi peu importe, selon nous, que la demande en garantie ait été formée hors des délais, ou dans les délais de la loi. — Telle est aussi l'opinion de MM. TROMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 287 et 340, n°s 179 et 218, et BONCENNE, t. 3, p. 388 et suiv.]] V. Q. 1273 *ter* et Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 78 et s.

622. *Un jugement serait-il nul, si le tribunal, dans le cas prévu par l'art.* 153 *n'avait pas ordonné la jonction du profit ?*

La première chambre de la Cour d'appel de Rennes a prononcé la négative, dans un arrêt du 31 août 1810.—(*J. Av.* t. 15. p. 348.)

Elle a considéré que si, en donnant défaut faute de comparaître contre un des défendeurs, le premier tribunal devait, aux termes de l'art. 153, ordonner la jonction du profit du défaut à l'instance principale, et commettre un huissier pour la signification de ce jugement, néanmoins, en ne le faisant pas, il n'avait commis qu'une irrégularité dans l'énoncé de son jugement : que cette irrégularité n'était pas frappée de nullité, et qu'il n'appartenait aux tribunaux de prononcer cette peine, que lorsqu'elle était formellement exprimée par la loi.

On pourrait opposer à cette décision qu'elle présente, comme beaucoup d'autres que nous avons eu soin de noter, une application trop étendue de l'art. 1030 du Code. Un jugement n'est point un exploit ; ce n'est point un acte de procédure, et ce n'est, nous le répétons encore, qu'aux exploits et actes de procédure que s'applique généralement la disposition de cet article.

Or, dirait-on, quel est le motif qui a porté le législateur à imposer au juge, *en termes impératifs*, l'obligation de prononcer la jonction du défaut ? Il a voulu prévenir toute surprise et fermer la porte aux inconvénients et aux chicanes que favorisait la voie de l'opposition ; il s'est proposé d'économiser les frais ; il a surtout entendu prévenir la pluralité et la contrariété des jugements.

De telles considérations paraissent tenir à l'ordre de l'administration de la justice ; il ne peut être permis à un tribunal de les rendre sans effet, en négligeant d'appliquer la disposition qu'elles ont dictée, de changer ainsi l'ordre de procéder établi par la loi, enfin, de juger avant l'époque à laquelle elle veut qu'il juge, et sans avoir rempli un préliminaire qu'elle lui prescrit en termes aussi formellement impératifs que le sont ceux de l'art. 153.

[[Nous serons plus positif que M. Carré; nous n'hésitons pas à décider que la nullité doit être prononcée et qu'elle est d'ordre public (1). M. Boncenne, t. 3, p. 34 et suiv., professe que ce *point est hors de doute aujourd'hui*, que *l'art.* 1030 *qui n'a été fait que pour les exploits et les actes de procédure dont l'exécution est confiée aux officiers ministériels, ne peut jamais s'appliquer aux jugements et aux devoirs des juges; et* que *décider autrement ce serait méconnaître la pensée d'ordre public qui présida à la conception de l'art.* 153, *et le rapetisser par d'étroites assimilations de pratique.*— MM. Poncet, t. 1, p. 94, et Thomine Desmazures, t. 1, p. 289, n° 181, partagent cette opinion.

M. Boncenne a invoqué un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1821, plus spécial à la question 621 *quintò*; nous pouvons nous étayer de deux autres arrêts, l'un de la Cour de Montpellier du 2 janvier 1811, l'autre de la Cour de Rouen du 10 juin 1824 (*J. Av.* t. 3, p. 192, et t. 28, *Q.* 31.) Cependant plusieurs espèces ont paru à des Cours royales devoir présenter des cas exceptionnels; même dans ces espèces, le défaut-joint et la réassignation nous auraient semblé plus réguliers. Le premier arrêt est du 5 mars 1832, de la Cour de Bruxelles, et a décidé que lorsque plusieurs parties sont assignées, le jugement peut statuer immédiatement et contradictoirement sur une demande exclusivement dirigée contre l'ajourné comparant. (*J. Av.* t. 45, p. 445.)—Le second est du 21 juin 1833, de la Cour de Bordeaux, et a jugé que le défaut-joint est inutile, si celui des défendeurs qui ne comparaît pas est entièrement étranger à l'instance dans laquelle le demandeur l'a cité (*J. Av.* t. 45, p. 604.)—Le troisième est du 13 février 1828, de la Cour de Lyon: il résulte de ce dernier arrêt, qu'en matière d'opposition à mariage, le défaut de l'officier de l'état civil ne doit pas donner lieu à la réassignation prescrite par l'art. 153. (*J. Av.* t. 36, p. 39.)—Deux arrêts: l'un de la Cour de Limoges du 31 août 1822, et l'autre de la Cour de Bourges du 19 avril 1829, ont décidé que l'art. 153 n'était pas applicable au cas où un mari qui fait défaut n'a été appelé en cause que pour autoriser sa femme, et qu'il n'y avait lieu, dans ce cas, qu'à autoriser judiciairement la femme à ester en jugement. (*J. Av.*, t. 24, p. 300 et t. 37, p. 194.) *V.* notre *Q.* 621 *sexies.*]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 87 et s.

623. *L'avoué qui a conclu sur le jugement de jonction, devient-il non recevable à proposer lorsqu'il comparaît de nouveau au jour indiqué par ce jugement, soit un déclinatoire, soit un moyen de nullité, soit enfin toute autre exception qui doit être proposée* IN LIMINE LITIS, *ou qui se couvrirait par la procédure volontaire de la partie?*

Cette question a été souvent agitée, et elle a été généralement décidée pour la négative. En effet, et cette remarque vient à l'appui de la solution donnée sur la précédente question, on doit considérer le jugement de jonction comme un acte *indispensable* pour mettre la cause en état de recevoir un jugement quelconque, même sur les déclinatoires, les nullités et toutes autres exceptions préalables à la défense principale.

Ce jugement n'est donc qu'une formalité absolument indépendante de toute exception, et ne peut préjudicier à aucune, puisqu'en concluant sur cette formalité, l'avoué n'entame, en aucune manière, la plaidoirie sur le fond.— (*Voy.* Demiau-Crouzilhac, p. 130) (2). **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 92.

---

(1) Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 10 juill. 1835, a méconnu ce principe en rejetant la nullité du jugement, parce qu'elle était présentée par le demandeur lui-même, *qui ne pouvait profiter de sa propre négligence.* (*J. Av.* t. 50, p. 133.)

(2) Quoi qu'il en soit, la Cour de Rennes, par arrêt du 24 juill. 1812, a jugé que la nullité proposée contre un acte d'appel était couverte par une demande en jonction de profit de défaut, attendu que les avoués réunis ayant demandé cette jonction, avaient validé

623 *bis. Les tribunaux peuvent-ils avant de prononcer un défaut joint ordonner que la partie irrégulièrement assignée, sera légalement appelée?* V. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 94, 95.

624. *Si l'un des défendeurs comparant présentait des moyens tels qu'il fallût avant de faire droit, ordonner un interlocutoire, par exemple une enquête, une expertise, l'opération pourrait-elle être ordonnée par le jugement qui donnerait défaut contre les défendeurs, et qui en joindrait le profit au fond?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que le jugement de jonction n'est qu'une opération préparatoire.

Ce n'est donc qu'après l'assignation donnée en vertu de ce jugement, que le tribunal peut ordonner les actes d'instruction qu'il croit nécessaire de mettre en usage pour parvenir au jugement définitif sur le fond. Il impliquerait qu'on rendît une décision qui, comme un interlocutoire, préjuge le fond, dans un acte préparatoire qui n'a pour objet que de mettre toutes les parties à portée de fournir des défenses principales, sur lesquelles le tribunal ne doit prononcer qu'après la notification de cet acte. — (*Voy. Questions de* LEPAGE, p. 147. [[*Voy.* notre opinion aux *Questions* 623 et 630.]]

625. *Peut-on commettre l'huissier par jugement séparé de celui qui a ordonné la jonction?*

Nous n'en doutons pas, puisque l'article ne prescrit point que l'huissier soit commis par le même jugement. C'est aussi l'opinion des auteurs des *Annales du Notariat*, t. 1, p. 309, et ce que la Cour de Rennes pratique constamment, lorsqu'il y a eu omission de commettre dans le jugement de jonction. [[Cette solution et la suivante sont hors de contestation; nous pouvons invoquer un arrêt de la Cour de Rennes, du 16 novembre 1813. (*J. Av.* t. 21, p. 270.) *V.* notre *Question* 643, sur le pouvoir du président pour commettre un huissier.]]

626. *Comment le tribunal commet-il un huissier, quand la signification du jugement de jonction doit être faite dans un lieu qui n'est pas situé dans son ressort?*

Ce tribunal ne peut commettre directement un huissier exploitant hors de son arrondissement. — *V. Question* 12.)

Il faut donc, en ce cas, que le jugement soit notifié par un huissier commis soit par le tribunal, soit par le juge de paix du domicile du défaillant, qu'indiquerait le tribunal qui aurait rendu ce jugement. (*Argum. des art.* 156 et 1035; *V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 13), et PIGEAU, t. 1, p. 470.

Remarquons ici qu'il y a lieu à commettre un autre huissier que celui que le jugement de jonction avait désigné, si ce dernier déclare que la partie à laquelle la signification doit être faite a transporté son domicile dans un lieu qui ne

---

par cet acte les procédures antérieures, en conformité de l'art. 173. Nous n'en persistons pas moins dans l'opinion ci-dessus énoncée. — [Nous aussi, nous pensons comme M. CARRÉ, que cet arrêt de la Cour de Rennes ne fera pas jurisprudence, et nous pouvons opposer deux arrêts de la Cour de Poitiers, des 10 mai 1814 et 22 juill. 1831 (*J. Av.* t. 12, p. 459). *V.* aussi notre opinion sur la *Question* 630. — M. BONCENNE résume parfaitement en peu de mots la nature du jugement de défaut joint, t. 3, p. 44. Voici comment il s'exprime : « il « importe de ne pas se méprendre sur la na- « ture du jugement qui joint un défaut au « fond de la cause. Ce jugement ne juge ni « ne préjuge aucun des points litigieux : il « laisse intactes les nullités d'exploit, les dif- « ficultés de compétence, toutes les excep- « tions et toutes les défenses ; en un mot, il « ne couvre rien. Ce n'est autre chose qu'une « simple mesure d'instruction, une sorte « d'agencement, qui dispose les différentes « parties du procès à recevoir une commune « décision. » *V.* notre *Question* 739 *bis.*]

se trouve pas dans l'arrondissement de cet huissier. (Rennes, 5 t. 1810, *J. Av.*, t. 15, p. 352.) [[*V.* la *Question* qui précède.]]

627. *Peut-on opposer au demandeur les nullités de la signification faite par l'huissier commis?*

L'affirmative a été implicitement décidée par arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 19 août 1807.—(*J. Av.*, t. 21, p. 241.)

Au simple énoncé de cette décision, on serait assez porté à la considérer comme injuste : comment, dirait-on, une partie peut-elle souffrir des nullités commises par un huissier qu'elle n'a pas choisi, que peut-être elle aurait eu elle-même de justes motifs d'écarter?

A cette objection, les rédacteurs du *Journal du Palais*, 2e semestre de 1807, p. 454, répliquent, premièrement, qu'il est bien certain que le plaideur trouve, sous le rapport de la délicatesse et de l'instruction, plus de garantie dans un officier ministériel choisi par un tribunal, que dans un huissier pris au hasard et sans discernement; secondement, que la partie qui aurait contre l'huissier commis des motifs de suspicion légitime, peut les proposer, et qu'il n'est pas un tribunal qui, en pareil cas, ne s'empressât de faire droit à la réclamation; troisièmement, enfin, quant à la malversation et à l'impéritie de l'huissier, que la partie trouve sa garantie dans l'art. 71, qui rend cet officier garant des nullités procédant de son fait; que d'ailleurs rien ne s'oppose à ce que, de son côté, la partie qui a obtenu le jugement par défaut ne le fasse, pour sa sûreté, signifier elle-même à ses frais.

Au surplus, s'il pouvait se trouver quelques inconvénients dans l'exécution des dispositions du Code qui ordonnent de commettre un huissier, ils sont bien compensés par les avantages qu'a démontrés M. le conseiller d'Etat Treilhard, dans l'exposé des motifs de ces dispositions.—(*V. édit. de F. Didot*, p. 32.)

[[Cette question est une de celles sur lesquelles le doute ne nous paraît pas permis. Peu importe à l'assigné que l'huissier soit ou non du choix de son adversaire; la loi a introduit en sa faveur des formalités dont il est toujours libre de réclamer l'observation. Mais ce retard va plus loin encore, en accueillant des moyens de nullité provenant du fait seul du juge, comme un défaut de motif, etc. Il est inutile d'insister. Telle est aussi l'opinion de M. PIGEAU dans son *Commentaire*, t. 1, p. 346, note 3.]] **Supp. alph.**, V° *Jugemen par défaut*, n. 98, 99.

628. *Si, par l'exploit introductif, l'assignation avait été donnée à bref délai, celle à donner en vertu du jugement de jonction devrait-elle être donnée à comparaître dans les délais ordinaires?*

Cette question a été résolue pour la négative par arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, du 15 mai 1807, attendu que le président ayant reconnu par son ordonnance, donnée lors de la première assignation, qu'il y avait urgence et que le cas requérait célérité, il y a même motif pour abréger le délai de la nouvelle assignation à donner aux défaillants. (*J. Av.*, t. 13, p. 94.)

Il faut remarquer que les défaillants étaient domiciliés au chef-lieu du siége de la Cour, qui a pris cette circonstance en considération, en décidant que les parties avaient eu un délai moral suffisant dans un jour franc, à dater de la nouvelle assignation.

Nous pensons néanmoins, sans avoir égard à cette circonstance, que l'on peut justement présumer que la faculté accordée par le président, d'assigner à bref délai, peut être la cause du défaut laissé par quelques-uns des défendeurs; qu'il s'agit d'une nouvelle assignation indépendante de la première;

qu'il paraît, par conséquent, que le tribunal doit, par le jugement de jonction, autoriser l'assignation à bref délai, et que son silence à ce sujet replace les parties sous l'application des règles ordinaires.

[[L'arrêt de Nîmes, comme un autre arrêt de Poitiers du 22 juillet 1831, (*J. Av.*, t. 41, p. 552), ne juge pas en thèse la négative de la question posée par M. Carré, dont nous partageons complètement l'opinion pour le cas où le jugement est muet. Mais ces deux arrêts prenant en considération le permis d'assignation à bref délai du président, accordaient eux un permis de réassignation également à bref délai. Aucune objection précise ne peut être faite contre cette jurisprudence approuvée par M. PIGEAU dans son *Commentaire*, t. 1, p. 347. *V.* du reste notre *Question* 621 *quater*.]]

Un jugement de jonction peut-il avoir lieu après constitution d'avoué de la part de tous les défendeurs, lorsque les avoués de quelques-uns ne se présentent pas à l'audience?

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, décide affirmativement cette question, par le motif que l'art. 153 ne fait aucune distinction; et, par suite de cette décision, il estime que la signification du jugement de jonction doit, ainsi que la nouvelle assignation, être faite à avoué, conformément à l'art. 157.

Nous croyons, au contraire, qu'il n'y a lieu au jugement de jonction dont parle l'art. 153, que dans le seul cas où l'un ou quelques-uns des défendeurs n'auraient pas constitué avoué, et nous nous fondons :

1° Sur ce que cet article contient ces expressions : *Si de deux ou plusieurs parties assignées, l'une fait défaut et l'autre comparaît.* Or, on sait que le défaut *faute de comparoir* n'est autre chose que le défaut *faute de constituer avoué*;

2° Sur ce que le même article dit expressément que le jugement de jonction sera signifié *à la partie défaillante* par un huissier commis. Or, l'art. 156 ne veut que le jugement rendu par défaut contre une partie seule assignée, soit signifié à sa personne ou à son domicile, que par la raison que le défaillant n'avait pas constitué d'avoué : donc ce n'est que dans le cas où il n'y a pas eu d'avoué constitué, que l'art. 153 exige un jugement de jonction.

Si cet article avait entendu prescrire la formalité préalable de ce jugement, lorsque des avoués constitués laisseraient défaut *faute de plaider*, il n'eût point prescrit la signification à partie, et par un huissier commis ; il eût pour ce cas ordonné, comme il le fait en l'art. 157, que le jugement serait signifié à l'avoué constitué ; il eût fait, en un mot, la juste distinction que présentent ces deux articles 156 et 157.

Appliquer, comme le veut M. Lepage, l'art. 157, c'est prescrire par analogie une forme de signification que repousse l'art. 153.

Dira-t-on que l'art. 149 reconnaît deux espèces de défauts ? que l'art. 153 ne distingue point entre elles, et que, s'il exige que le jugement de jonction soit signifié à partie, ainsi que l'assignation qui en est la suite, on peut du moins se conformer à cette disposition, qui ne présenterait au surplus qu'une exception au principe établi par l'art. 157, que le défaut pris contre une partie qui aurait un avoué serait signifié à celui-ci ?

Mais nous demanderons quelle serait l'utilité de cette signification à partie, lorsqu'elle a un avoué en cause ? Qu'aurait-elle à faire sur cette nouvelle assignation, qu'elle n'eût pas déjà fait, en constituant avoué sur la première ?

Insistera-t-on pour soutenir que le jugement de jonction doit avoir lieu sur un défaut *faute de plaider* comme sur un défaut *faute de comparoir*, en disant que les motifs qui ont décidé l'art. 153 (*V.* ci-dessus *le Comm.* et la 622e *Question*) sont les mêmes ? que c'est d'ailleurs dans l'intérêt du demandeur que cet article a trouvé sa place dans le Code ?

C'est là sans doute l'objection la plus difficile à combattre, et celle qui pourrait laisser quelque doute sur la question que nous examinons.

On ne peut contester, en effet, que le législateur ayant eu pour objet, en portant la disposition de l'art. 153, de prévenir la pluralité et la contrariété des jugements, n'a pas entendu limiter l'application de cette disposition aux défauts faute de comparaître, puisque le même inconvénient se reproduit dans le cas d'un défaut faute de plaider. On ne saurait contester encore que l'article est particulièrement posé dans l'intérêt du demandeur, qui trouve un grand avantage à obtenir, par l'effet du jugement de jonction, une décision contradictoire ou qui sera réputée telle, nonobstant le défaut des défendeurs sur la nouvelle assignation.

Mais si l'on fait attention que l'art. 158 déclare, pour le cas d'un défaut faute de constituer avoué, que la voie d'opposition reste ouverte jusqu'à l'exécution du jugement, tandis que l'art. 157 n'accorde que huitaine, à compter du jour de la signification à avoué, lorsque le défendeur en a constitué un, on s'apercevra facilement que le motif de hâter une décision qui retarderait nécessairement la durée du délai de l'opposition à un jugement faute de comparoir, l'a déterminé à limiter à cette seule espèce de défaut la disposition de l'art. 153.

Au surplus, le texte de l'article nous paraît suffire pour justifier notre opinion, qui ne se trouve contredite par aucun autre auteur que celui que nous avons cité, et que M. PIGEAU paraît avoir adoptée, si l'on en juge par la formule qu'il donne d'un jugement de jonction au tom. 1 de son ouvrage, p. 471.

[[La Cour de Paris, par deux arrêts des 16 mai 1825 et 11 avril 1826 (*J. Av.* t. 34, p. 109), a consacré l'opinion de M. Carré, sans donner de motifs en accordant défaut pur et simple. Le 4 juillet 1826, la Cour de cassation, chambre civile (*J. Av.*, t. 31, p. 327), a rendu une décision confirmative du même principe : *attendu qu'il ne s'agissait que d'un défaut faute de comparoir, et que dès lors l'art.* 153 *C. pr. civ. ne recevait pas d'application à l'espèce* (*J. Av.*, t. 49, p. 555). Le 27 mai 1835, la même cour, chambre des requêtes, a persisté dans sa jurisprudence, en ajoutant aux motifs ci-dessus que la preuve de la vérité de cette doctrine résultait de *ce que l'art.* 153 *prescrit la signification à la partie défaillante et réassignée, ce qui ne peut s'entendre d'une partie présente à l'audience même, et ayant pris des conclusions.* La question était digne de motifs plusétendus. Cependant le 27 avril 1831, la cour de Bruxelles (*J. Av.*, t. 42, p. 175), a adopté le principe contraire.

En rapportant l'arrêt de la Cour de cassation, nous nous étions élevé contre la doctrine de M. Carré. Dix ans de réflexion et de pratique n'ont pas modifié notre opinion. Les raisonnements de notre auteur ne sont que spécieux et disparaissent devant l'intention du législateur qui doit seule servir de règle. Pourquoi a-t-il ordonné le défaut-joint? 1° pour que les juges pussent s'assurer que l'assignation a bien été remise; et 2° pour qu'il n'intervînt pas deux jugements contraires dans la même contestation. —On doit le dire, cette dernière consideration a dû être la seule déterminante; car la première existe aussi bien pour les défauts obtenus dans les causes où il n'y a qu'un défendeur, et celles où il y en a plusieurs, et cependant le réassigné n'est pas ordonné dans les premières.

Si le défaut-joint n'est pas prononcé lorsqu'un des défendeurs, après avoir constitué avoué, ne comparaît pas, il peut y avoir contrariété de jugements — Aucun raisonnement ne nous amènera à penser que, dans un cas, la loi n'a pas prescrit ce qu'elle a jugé nécessaire dans un autre cas absolument semblable. Aussi ce motif a-t-il déterminé notre solution sur la *Question* 632.

M. Carré se fait l'objection que nous venons de soulever; il la trouve très

difficile à combattre; et, pour la détruire, il suppose au législateur un troisième motif, qui viendrait à l'appui de sa distinction. Le défaut-joint, selon lui, a été ordonné pour hâter une décision, que retarderait nécessairement la durée de l'opposition à un jugement, faute de comparaître. — Mais cette dernière raison, qui nous paraît bien faible auprès des graves considérations qui s'opposent à une contrariété de jugements, peut aussi bien s'appliquer aux jugements par défaut, obtenus contre un seul défendeur; et pourquoi, dans ce cas, la loi n'a-t-elle pas ordonné un réassigné, qui hâterait la décision définitive de l'affaire?

Au surplus, dit en finissant M. CARRÉ, *le texte de l'article nous paraît suffire pour justifier notre opinion.* Le texte ne justifie l'opinion de M. Carré, qu'à cause de la distinction, *toute de doctrine* en dehors du Code, des défauts *faute de comparaître*, et des défauts *faute de défendre;* car, sans cela, le mot *comparaît*, de l'art. 153, pourrait tout aussi bien s'appliquer à celui qui ne se présente pas devant la justice, après avoir remis son assignation à un avoué, qu'à celui qui ne se présente pas et ne remet à aucun mandataire l'exploit qui lui a été signifié.

En définitive, l'intérêt du défendeur n'est pour rien dans cette discussion, qui ne regarde uniquement que le demandeur; car il importe peu au défendeur qu'il ait un délai pour se joindre à ses co-intéressés, ou un délai pour former opposition au jugement qui a été rendu contre eux.—Il ne peut invoquer le premier motif du législateur, qui consistait à empêcher les assignations d'être *soufflées*. Il a bien reçu celle qui lui était destinée, puisqu'il l'a remise à un avoué; — c'est peut-être ce qui a déterminé la Cour de cassation à rejeter la demande en nullité du jugement du sieur Mille. Cependant, si cette nullité est d'ordre public, toutes les parties doivent avoir le droit de la provoquer.

Il y a plus: le défendeur défaillant peut souvent être intéressé à ce que le défaut-joint ne soit pas ordonné, parce qu'il jouira de la faveur d'une défense contradictoire à laquelle il n'aura pas participé, d'une décision qui, favorable pour les autres, sera favorable aussi pour lui; et d'un autre côté, s'il n'y a pas défaut-joint, la marche contraire peut être très préjudiciable aux défendeurs comparants, parce qu'un défaut déjà obtenu dans la cause, sur le fond, à la vérité, sans contradicteur, peut établir un fâcheux préjugé contre eux; c'est à tort qu'on a pensé que la signification en ce cas devrait être faite à avoué, c'est à *partie;* l'art. 153 le dit, et l'art. 157 s'opposerait d'ailleurs en ce cas à ce que le délai du réassigné fût plus bref que celui qui est accordé sur défaut contre avoué ordinaire.

La chambre des avoués d'appel de Paris, émue de la difficulté, a présenté de respectueuses observations à la Cour royale; elles sont trop longues pour que nous puissions les rapporter ici; on peut les lire *J. Av.*, t. 34, p. 110. — Elle a conclu en demandant l'application de l'art. 153. — Nous regrettons que M. BONCENNE n'ait pas jugé cette question digne de son examen; un seul mot nous ferait penser qu'il est de l'avis des arrêts. T. 3, p. 33, on lit : *Dans l'hypothèse donnée, le tribunal commence par décerner acte du défaut des parties qui n'ont pas constitué avoué.* Quant à M. PICEAU, M. Carré ne s'était point trompé, car dans son *Commentaire*, t. 1, p. 345, il professe que l'art. 153 ne doit s'appliquer qu'au défaut faute de comparaître.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, N° 90.

630. *La partie défaillante, lors du jugement de jonction, peut-elle y former opposition?*

Non, sans doute, puisqu'elle n'aurait aucun intérêt dans cette opposition. Le jugement de jonction ne prononçant rien sur le fond, et la nouvelle assi-

gnation qui lui est donnée lui offrant l'occasion de faire valoir tous ses moyens de défense.—(*V. Biblioth. du barr.*, 1re part., t. 3, p. 90.)

[[Ce principe est exact en lui-même, mais il doit être restreint au cas où le jugement de défaut-joint n'ordonne qu'une simple réassignation ; car comme l'a fort judicieusement jugé la Cour de Nîmes , le 10 janvier 1828 (*J. Av.* t. 36, p. 139), l'opposition doit être reçue, lorsqu'un semblable jugement prononce en même temps un sursis. (*V. suprà* la *Question* 624.)]]

631. *Si, avant ou après la significatron du jugement de jonction, le défaillant constituait avoué, les plaidoiries n'en devraient-elles pas moins avoir lieu au jour fixé par la nouvelle assignation ?*

Il n'est pas douteux, selon nous, que, dans le cas où l'affaire ne serait pas sommaire, le défendeur devrait jouir, à partir de l'époque de la constitution d'avoué, conformément à l'art. 77, du délai de quinzaine que cet article accorde à tout défendeur pour fournir ses défenses.

Au jour indiqué par la nouvelle assignation, la cause devrait donc être renvoyée, sur les conclusions de ce défendeur, à un autre jour qui fût hors de ce délai.

En effet, le jugement de jonction ne nous paraît pas devoir rendre la position du défendeur plus défavorable qu'elle ne l'était à l'époque de l'exploit introductif.

Ici nous appliquons ce que nous avons dit sur la *Question* 442. — (*V.* aussi le *Commentaire inséré aux Annales du Notariat*, t. 1, p. 301 , et DELAPORTE, t. 1, p. 159.)

[[Cette solution doit être suivie, quoiqu'on puisse objecter que la négligence seule du défendeur a occasioné la fixation de jour.]]

632. *Le jugement rendu après jonction n'est-il contradictoire qu'à l'égard de la partie qui n'a pas comparu lors du premier jugement qui a ordonné cette jonction ?*

M. LEPAGE, dans ses Questions, p. 146, et les auteurs du PRATICIEN, t. 1, pag. 440, estiment que celui avec qui le jugement de jonction a été rendu contradictoirement, est tellement lié par ce jugement au sort des autres défendeurs qui n'avaient pas comparu, que le défaut qu'il laisserait prendre contre lui, à l'audience fixée par la nouvelle assignation, aurait le même effet qu'un *débouté* d'opposition.

M. PIGEAU, t. 1, p. 472, dit, au contraire, que ce même défendeur peut former opposition au jugement, qui, par rapport à lui, n'est qu'un premier jugement par défaut. Or, l'art. 157 permet de se pourvoir par voie d'opposition contre un pareil jugement.

Ce qui paraîtrait appuyer la première opinion, ce sont ces expressions générales de l'art. 153 : *Il sera statué par un seul jugement qui ne sera pas susceptible d'opposition.*

Nous avions pensé, dans notre *Analyse*, *Question* 512, que l'on devrait adopter l'opinion de M. Pigeau, parce que la disposition de l'art. 153 ne nous paraissait avoir été portée que par la considération que les défaillants ayant été deux fois constitués en demeure de se présenter, le second jugement doit être envisagé, relativement à eux, comme celui qui aurait prononcé un second défaut, en sorte que cette disposition n'eût été qu'une conséquence de l'art. 165, qui répute contradictoire tout jugement rendu sur opposition.

Or, disions-nous, ce motif ne peut s'appliquer à la partie qui aurait comparu sur le jugement de jonction : il est évident que lorsqu'elle ne comparaît

pas après le réassigné, le jugement qui intervient contre elle n'est qu'un premier défaut. — (*V. Question* 482, p. 259).

On opposait que le jugement rendu contre les autres défendeurs qui n'auraient comparu que sur la nouvelle assignation, pourrait se trouver contraire à celui qui serait prononcé sur l'opposition de la partie qui n'aurait fait défaut que sur cette assignation seulement.

Nous répondions, avec M. Pigeau, que la contrariété des jugements rendus contre des parties différentes n'est pas un motif de réformer l'un de ces jugements (*arg. de l'art.* 480, § 6); et par conséquent, cette objection ne nous semblait d'aucune considération relativement à la solution de la difficulté. Néanmoins, notre opinion, conforme à celle de M. Pigeau, a été rejetée par deux arrêts, l'un de la Cour de Rennes, 2e chamb., du 29 mai, l'autre de la Cour de Riom, du 21 juillet 1812. — (*S.*, 1815, 2e part., p. 104, et 1814, 2e part., p. 210. et *J. Av.* t. 15, p. 312.)

Ces Cours ont adopté en partie les moyens que nous combattions comme objection contre notre avis. Elles ont considéré : celle de Riom, que l'art. 153 porte une exception formelle à la disposition générale de la loi, en matière d'opposition aux jugements et arrêts par défaut; celle de Rennes, que ce serait aller contre le vœu bien prononcé de cet article, que d'admettre plusieurs parties qui laisseraient défaut tour-à-tour, à revenir par opposition contre le jugement qui aurait statué d'après celui de jonction du défaut; qu'il en résulterait cet inconvénient majeur, de voir intervenir dans un même tribunal, entre diverses parties, et sur des matières *non divisibles*, plusieurs jugements qui présenteraient des dispositions contraires.

Nous devons avouer franchement que cette dernière considération, que nous n'avions pas assez mûrie, nous paraît d'un grand poids contre l'opinion que nous avions précédemment émise.

[[Nous ne dirons pas, comme M. BONCENNE, t. 3, p. 42, que le système qu'avait d'abord embrassé M. Carré, *n'a pas même le faible mérite de ces inductions que la rigidité d'un raisonnement fait quelquefois effleurir à la surface des textes*, car c'est à la rigueur seule du texte que nous cédons; il y a plus, M. Boncenne a pensé que ce système *gâterait la loi*, et nous ne partageons pas, sur cette théorie, son opinion : chacun sait que l'article 153 est une innovation; a-t-elle bien été comprise par le législateur lui-même, a-t-il bien su l'harmoniser avec les autres dispositions du titre des jugements par défaut? L'affirmative est fort douteuse; ce qu'on peut dire pour justifier l'article et son application inflexible, c'est qu'il a voulu qu'après un réassigné la cause fût censée liée contradictoirement pour tous et contre tous; alors plus d'opposition possible de la part de qui que ce soit, pas de péremption d'un pareil jugement. Mais il aurait dû le dire, parce que le seul motif qu'on lui suppose aurait dû provoquer d'autres dispositions corollaires à celles de l'art. 153 (*V.* notre opinion sur la *Question* 629), et parce que ce motif ne s'applique nullement au demandeur (*V.* notre *Question* 695 *bis*), puisque sur opposition il ne pouvait jamais y avoir contrariété de décisions. Disons que si le sort des innovations est quelquefois de n'être pas comprises, comme l'a fait observer M. Boncenne, d'un autre côté les innovations ne sont pas toujours complètes, et des lacunes mêmes qu'elles offrent naissent de graves et sérieuses difficultés.

Les Cours royales de Rouen, 8 déc. 1821; Montpellier, 6 juill. 1822; Lyon, 30 nov. 1824; Riom, 11 août 1827; Bordeaux, 25 janv. 1828 et 15 fév. 1833; Colmar, 17 mai 1828, et la Cour de cassation le 13 nov. 1823 (*J. Av.*, t. 23, p. 371; t. 24, p. 228; t. 28, p. 49; t. 29, p. 80; t. 34, p. 133; t. 36, p. 93; t. 38, p. 113; t. 45, p. 554), ont appliqué l'art. 153 dans le sens le plus étendu. Cependant la Cour de Lyon, avant d'adopter une nouvelle jurisprudence, sur le réquisitoire de M. de Chantelauze, premier avocat-général, avait confirmé l'opinion contraire le 25 janvier

1821; et nous croyons pouvoir citer les paroles remarquables de ce magistrat qui a été appelé momentanément aux sceaux de France : « La Cour, a-t-il dit, donnera une nouvelle preuve de ses lumières et de son indépendance, en rendant une décision contraire, à la vérité, à une décision précédente, mais plus conforme aux vrais principes. » La Cour de Colmar, dont la jurisprudence a aussi changé, avait décidé, le 18 juillet 1826, que l'opposition était recevable. (*J. Av.*, t. 33, p. 86.) La Cour de Besançon, le 21 déc. 1808; la Cour de Grenoble, le 8 déc. 1818, et la Cour de Toulouse, le 26 avril 1820 (*J. Av.*, t. 15, p. 312), ont reçu l'opposition du demandeur défaillant sur l'opposition du défendeur.

M. THOMINE-DESMAZURES, ordinairement bref dans ses solutions, s'élève avec énergie contre la jurisprudence de la Cour de cassation, et il combat la pensée que le législateur ait voulu et puisse empêcher les jugements et arrêts contradictoires (t. 1, p. 290 et 291). M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 348 et 349, note 6, persiste dans la même opinion.

M. BOITARD, t. 1, p. 586, partage l'opinion de M. Boncenne. Nous aussi, nous adoptons cette solution; depuis longtemps notre opinion est arrêtée; nous sommes surpris que le seul motif qui nous ait determiné en 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 86, à la note) n'ait été ni combattu, ni adopté par les auteurs et par les Cours qui se sont prononcés sur la question. C'est à la Cour de Rouen, du reste, qu'il appartient, c'est dans son arrêt que nous l'avons puisé; le voici : « La dernière disposition de l'art. 153 serait inutile dans le sens que lui donnent « les partisans de l'opinion contraire, puisque l'article 165 décide formellement « qu'*opposition sur opposition ne vaut.* » Ce raisonnement nous paraît sans réplique. Il a été adopté par la Cour de Limoges, le 8 fév, 1830.]]

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 103 et s.

[[632 bis. *Lorsque sur plusieurs parties assignées, l'une d'elles n'a pas comparu, et que le tribunal a prononcé défaut contre elle sans* joindre le profit du défaut, *le jugement qui intervient sur la réassignation peut-il être attaqué, par voie d'opposition, par la partie qui avait d'abord comparu, si elle fait défaut sur cette réassignation?*

Un arrêt du 15 décembre 1826, de la Cour de Lyon, a décidé l'affirmative. (*J. Av.* t. 32, p. 302.)

Dans cette espèce, on doit le dire, le tribunal de Montbrison avait bien été dans l'intention d'accomplir à la lettre les dispositions de l'art. 153; car *il avait donné acte de la comparution; il avait donné défaut contre les non-comparants*, et POUR LE PROFIT, *il avait ordonné la réassignation par un huissier commis.* A la vérité, il n'avait pas inséré dans son jugement ces mots, *joignant le profit du défaut au fond*; expression qui sent beaucoup trop le style gothique, souvent incompréhensible du palais, et qu'on lit dans l'art. 153; mais avait-il prononcé la disjonction de l'instance? Par le fait n'avait-il pas accompli la formalité qu'il eût dû exprimer? La décision, dont les conséquences nous semblent trop rigoureuses, tient un peu du système de procédure des actions de la loi *Qui cadebat à Syllaba, caaebat à toto.*—Ici il aurait donc fallu que le tribunal de Montbrison insérât, dans son jugement, ces mots : *Joignant le profit du défaut au fond* : et cependant la procédure eût été la même. La Cour de Lyon nous paraît avoir fort mal jugé. *V.* notre *Question* 616 *quat.* Le 20 juin 1822, la Cour d'Orléans a pensé, comme nous, que la formule du défaut-joint n'était pas sacramentelle. (*J. Av.*, t. 15, p. 426.)]]

[[**632** ter. *Lorsqu'il y a eu défaut-joint et réassignation, tous les jugements sont-ils contradictoires, soit qu'ils soient rendus sur des incidents, soit qu'ils concernent le fond?*

L'affirmative de cette question ne nous paraît pas douteuse; une cause liée contradictoirement par suite d'une fiction légale, doit rester liée jusqu'au jugement définitif. La partie défaillante est censée présente; le législateur a voulu prévenir la multiplicité des oppositions, et la contrariété des jugements. Ses motifs se réunissent tous pour fixer les doutes et engager les magistrats à consacrer cette interprétation de l'art. 153, à ne pas permettre un défaut-joint à chaque incident; cependant dans un arrêt que rapporte le *Courrier des Tribunaux*, n° 895, 30 septembre 1829, la Cour de Bordeaux a pensé que lorsqu'après un jugement par défaut, profit-joint, rendu sur une action en reprise d'instance, la partie réassignée ne se présente pas, il y a lieu de tenir l'instance pour reprise; mais que si, sur l'instance au fond, cette partie n'a pas constitué avoué, le juge doit, avant d'y statuer, donner encore défaut contre elle, joindre l'utilité du défaut et ordonner qu'elle sera réassignée; — la décision de cette Cour est d'autant plus erronée, que la reprise d'instance est une véritable réassignation, et que sous ce rapport la partie défaillante peut, dans certains cas, avoir été assignée trois fois.

Empressons-nous d'opposer à cet arrêt, bien trial rendu selon nous, et dont les considérants n'offrent aucun motif tiré du droit, un arrêt contraire longuement motivé, de la Cour de Toulouse, du 15 juin 1825. (*J. Av.* t. 31, p. 324.)

Il ne faut pas conclure de notre doctrine, comme le fait fort bien observer M. Pigeau, dans son commentaire, que la procédure sur les voies d'instruction ordonnées, ne doive être suivie qu'avec les comparants. Les art. 257 et 261 indiquent le contraire; les significations seront alors faites à personne ou à domicile au lieu de l'être à avoué.]] V. Q. 482 et 694. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 111 et s.

ART. 154. Le défendeur qui aura constitué avoué, pourra, sans avoir fourni de défenses, suivre l'audience par un seul acte et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparaît pas.

T. 168.—[Com. du Tarif, t. 1, p. 229, n°s 16, 17 et 18 —C. de P.C., art. 81, 82, 434.—[Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 59, 60, 61, 62, 64, 65, *Séparation de corps*, n° 98 — Devilleneuve, v° *Jugement par défaut*, n° 45.—Arm. Dalloz, vis *Appel*, n° 76; *Exploit*, n° 726; *Jugement par défaut*, n°s 38, 127 et s.—Locré, t. 21, p. 428, n° 82. — QUESTIONS TRAITÉES : S'il y a plusieurs défendeurs en cause, l'un d'eux peut-il obtenir défaut contre le demandeur, sans appeler à l'audience les autres défendeurs? *Q.* 633. — Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, le défaut peut-il être obtenu contre chacun d'eux en particulier? *Q.* 634.—Le demandeur contre lequel il aurait été obtenu un congé, pourrait-il en interjeter appel après les délais d'opposition, conformément aux art. 442 et 445? *Q.* 635. — Quand le défendeur seul a laissé défaut, et que le demandeur après plaidoirie, a perdu sur un chef, est-ce la voie d'opposition ou celle de l'appel qu'il doit prendre pour faire reformer le chef qui lui fait grief? *Q.* 635 bis.] V. *infrà* Q. 632 *quater*.

CXIV. Il est possible que le défendeur regarde la signification des défenses comme superflue, et qu'il lui paraisse suffisant d'attendre la vérification que fera le tribunal. Il est d'autant plus juste de donner au défendeur cette faculté de suivre l'audience sans défenses, qu'il ne doit jamais dépendre de celui qui a fait donner l'assignation d'éloigner, suivant son intérêt ou son caprice, le jugement de l'affaire *(Rapp. au Corps législ.)* **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut* n. 39 et s.

V. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 44, 45.

633. *S'il y a plusieurs défendeurs en cause; l'un d'eux peut-il obtenir défaut contre le demandeur, sans appeler à l'audience les autres défendeurs?*

L'art. 154 se bornant à dire que l'avoué du défendeur peut suivre l'audience

et prendre défaut, on peut en conclure qu'il n'a point à s'embarrasser du nombre des autres défendeurs, ni à s'informer s'ils ont ou non constitué avoué.

Il n'est donc obligé ni de les sommer à l'audience, ni d'obtenir un jugement de jonction contre ceux d'entre eux qui n'auraient pas constitué d'avoué, ni enfin de les réajourner : il n'a de partie que le demandeur; et si celui-ci ne conclut pas à la jonction, il obtiendra défaut contre lui et *congé* de la demande, comme nous l'avons dit sur la 611e quest

Mais nous supposons que le défendeur dont il s'agit n'aurait eu aucune connaissance que les autres défendeurs eussent constitué avoué ; car, autrement, il devrait les sommer d'audience comme parties dans la cause.

Par suite de conséquences, si le demandeur, après avoir obtenu un jugement de jonction, négligeait de réassigner ceux des défendeurs qui auraient laissé défaut, le défendeur comparant pourrait également donner à venir à ceux qui auraient comparu au jugement de jonction, sans être obligé de réajourner lui-même les défaillants (1).

634. *Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, le défaut peut-il être obtenu contre chacun d'eux en particulier ?*

L'art. 153 ne prescrit la jonction du défaut qu'à l'égard de diverses parties assignées, et pour le cas seulement où quelques-unes d'entre elles n'auraient pas constitué d'avoué. Or, s'il y a plusieurs demandeurs, non-seulement ils ont constitué avoué dans l'exploit d'ajournement, mais ils n'ont dû constituer que le même avoué : on n'obtiendra donc congé que contre eux tous, et sans qu'il soit besoin de jonction préalable. [[*V.* nos observations sur la *Question* 629.]]

635. *Le demandeur contre lequel il aurait été obtenu un congé, pourrait-il en interjeter appel, après les délais de l'opposition, conformément aux art.* 443 *et* 445?

Le contraire a été décidé par un arrêt de la Cour d'appel de Turin du 22 août 1809 (*S.*, t. 10, 2e part. p. 64, et *J. Av.*, t. 3. p. 249), sur le motif que les premiers juges ayant simplement accordé *congé défaut*, et renvoyé le défendeur absous, n'avaient pas prononcé au fond; qu'il s'ensuivait qu'en interjetant appel, le demandeur franchissait le premier degré de juridiction.

Ainsi, la Cour de Turin a considéré l'appel du demandeur comme irrégulier, et l'a renvoyé à former opposition au jugement de congé, à l'effet de faire

---

(1) On objectera que toutes ces facultés que nous accordons à un défendeur peuvent produire un inconvénient, en ce que plusieurs défendeurs qui auront constitué différents avoués, pourront obtenir chacun un jugement par défaut contre le demandeur.

Nous répondons que c'est à celui-ci à éviter cet inconvénient et cette *aggravation* de frais qui tombent à sa charge.

Remarquons néanmoins que l'art. 154 n'est pas *impératif*, il se sert de cette expression *pourra :* d'où il suit que c'est une faculté pour le défendeur d'obtenir défaut contre le demandeur.

Nous concluons de cette observation, que si le défendeur croyait avoir intérêt à n'être jugé qu'en présence des autres défendeurs, ou qu'il eût lui-même quelques conclusions à prendre contre eux, il pourrait de son chef sommer le demandeur de déclarer les constitutions d'avoué qui lui auraient été signifiées, provoquer lui-même la jonction des défauts, réajourner les défaillants, ou, de son chef, demander leur mise en cause.

[*M. Favard de Langlade*, t. 3, p. 168, adopte l'opinion de *M. Carré;* nous la croyons fondée, mais nous ne nous dissimulons pas les graves inconvénients que cette procédure peut entraîner. Voyez notre opinion sur la nature du défaut contre le demandeur, question 617.]

rendre par le tribunal de première instance un jugement définitif sur le fond de la cause.

Nous opposons contre cette décision, que tout jugement d'un tribunal de première instance est susceptible d'appel, s'il n'est pas rendu en dernier ressort; que les jugements par défaut y sont sujets comme les jugements contradictoires, si ce n'est qu'à l'égard des premiers l'on doit observer la règle de ne pas en interjeter appel pendant la durée du délai pour l'opposition. (1) Cette règle est établie par l'art. 455; mais cet article est le seul qui dispose sur les appels des jugements par défaut; donc on doit recevoir tout appel qu'il ne prohibe pas.

On répond que ce raisonnement ne peut conduire qu'à faire recevoir l'appel *dans la forme*, et que dans la forme les juges d'appel ne peuvent que confirmer le jugement portant congé, puisque, les premiers juges ayant dû prononcer, l'appellation est évidemment sans griefs.

Quant au fond, les juges d'appel ne peuvent en être saisis, puisque, à la différence du cas où le défaut aurait été prononcé contre le défendeur, ils n'ont point examiné ce fond, et n'ont rien statué à son égard.

Les juges d'appel ne peuvent donc que renvoyer l'appelant par-devant le tribunal de première instance, puisque le premier degré de juridiction n'a pas été épuisé.

Mais alors, le délai fixé pour l'opposition sera passé, et de là naîtrait une autre question, c'est celle de savoir si l'appelant pourrait se pourvoir de nouveau par action principale.

C'est notre opinion, fondée sur l'analogie des dispositions des art. 401 et 403. En effet, le demandeur ayant été congédié de la demande, doit être considéré comme l'ayant abandonnée pour le moment; il ne saurait en être débouté définitivement, puisqu'il n'a point été statué sur elle au fond : il est donc dans le même cas que le demandeur qui laisse périmer une instance, ou qui se désiste de sa poursuite; il est conséquemment remis au même et pareil état où il était avant d'avoir formé sa demande, qui est considérée comme non-avenue, faute à lui d'avoir produit des moyens au soutien, mais qui, pour cela, n'est pas déclarée mal fondée.

Il en serait de même si le défendeur, ayant une première fois obtenu *congé défaut* contre lui, il formait opposition et laissait encore défaut. Ce second congé-défaut, contre lequel, d'après l'art. 165, la voie d'opposition ne serait plus ouverte, ne nous paraîtrait pas devoir le rendre non-recevable à se pourvoir par action nouvelle.

C'est, dira-t-on, multiplier les instances, retarder la fin des procès; mais la même chose arrive dans le cas de la péremption ou du désistement; peut-on bien supposer, d'ailleurs, qu'un demandeur s'expose à tant de défauts successifs? et puisque les frais demeurent toujours à sa charge, peut-on dire que le défendeur souffre de ces défauts?

[[*V.* le développement de cette question, et notre opinion au n° 617. En rapportant l'arrêt de Nîmes de 1825, dans son tome 26, p. 151, M. Dalloz s'élève contre l'opinion de la Cour de Turin et attribue à tort une opinion contraire à M. Carré.]] — V. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, 47 et s. 59 et s.

---

(1)[Dans les *Lois de la procédure*, 1re et 2e éditions, par suite d'une erreur typographique, tout ce qui suit n'a pas été imprimé; nous le donnons parce que, dans ses manuscrits, M. CARRÉ en avait pris note pour le rétablir à la 3e édition que la mort ne lui a pas permis de faire.]

[[**635** bis. *Quand le défendeur seul a laissé défaut, et que le demandeur, après plaidoirie, a perdu sur un chef, est-ce la voie d'opposition ou celle de l'appel, qu'il doit prendre pour faire réformer le chef qui lui fait grief?*

Dans les manuscrits de M. Carré, nous avons trouvé cette question, qui lui avait été soumise par son collègue et ami M. Lesbaupin; il se proposait de la traiter dans une nouvelle édition de ses Lois de la procédure, et nous sommes heureux de pouvoir transcrire ici quelques lignes qu'il a tracées lui-même sur ses cartons : « Quand le défendeur seul a laissé défaut, le demandeur ne peut « se pourvoir par l'opposition, qui, comme nous l'avons dit, n'est accordée « qu'au défaillant sur la présomption qu'il a pu ou ne pas recevoir la copie, ou « avoir eu des empêchements légitimes de comparaître; mais le demandeur « peut appeler, et quoique tout jugement par défaut doive nécessairement être « exécuté dans les six mois, il suffit qu'il ait appelé dans le cours de ce délai, « pour que la péremption soit suspendue. Peu importe que le demandeur n'ait « succombé que sur un chef, et laissé exécuter sur les autres, le principe de la « divisibilité s'applique dans toute sa force au droit d'appeler, *en ce que*, comme « on le disait dans l'ancien style. » Nous partageons l'opinion de M. Carré, consacrée par arrêt de la Cour de Bruxelles du 17 mars 1820 (*Journal* de cette Cour, t. 1er, de 1820, p. 200), et nous pensons qu'il est inutile de lui donner plus de développement. Cependant nous ferons observer, que sans donner de motifs, M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1er, p. 350, émet une opinion contraire.]]

ART. 155. Les jugements par défaut ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signification à personne ou domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué; à moins qu'en cas d'urgence l'exécution n'en ait été ordonnée avant l'expiration de ce délai, dans les cas prévus par l'art. 135.

Pourront aussi les juges, dans le cas seulement où il y aurait péril en la demeure, ordonner l'exécution nonobstant l'opposition, avec ou sans caution; ce qui ne pourra se faire que par le même jugement.

Ordonn. de 1667, tit. 35, art. 3.—C. de P. C., art, 17, 135, 147, 435, 439 — [Notre Dictionnaire général de procedure, vis *Jugement par defaut*, nos 143, 144, 145. 211, 213, 216, 343; *Jugement*, n° 594 et 596, et *Saisie immobilière*, n° 577. —Devilleneuve, vis *Jugemeat par défaut*, n° 168, et *Adjudication définitive*, n° 27,—Arm. Dalloz, vis *Appel* n° 380; *Avoué*, n° 33, 34; *Enquête*, n° 104, *Exécution des jugements et actes*, nos 143, 151, *Exécution provisoire*, n° 1; *Hypothèque judiciaire*, nos 52, 53; *Jugement par defaut*, nos 473, 478, 482 et s.; *Saisie immobilière*, nos 1119, 1392 et 1640; *Séparation de biens*, n° 142, et *Verification d'écriture*, n° 18. — Locré, t. 21, p. 429 n° 83. — QUESTIONS TRAITÉES. Le délai de huitaine, pendant lequel on ne peut exécuter les jugements par défaut, est-il franc, en sorte qu'on ne puisse procéder à cette exécution que le dixième jour, à partir inclusivement de la signification? *Q.* 636. — Ce délai doit-il être augmenté conformément à l'art 1033, à raison de la distance qui separe le domicile de la partie défaillante du lieu où siège le tribunal où l'opposition devrait être portée? *Q.* 637. — De ce que l'art. 155 porte que les jugements ne peuvent être exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution, s'ensuit-il que l'on puisse exécuter sans signifier à partie? *Q.* 638. — L'exécution provisoire peut-elle être ordonnée pour avoir lieu avant l'échéance du délai, ou après, nonobstant opposition, même hors des cas mentionnés en l'art. 135? *Q.* 639. — De ce que l'art. 155 exige que l'exécution provisoire soit ordonnée par le même jugement, résulte-t-il qu'on ne pourrait se pourvoir en référé pour faire ordonner l'exécution provisoire, si ce péril n'avait pu être connu que depuis le jugement? *Q* 640.] (1)

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que:

1° Un jugement par défaut déclaré exécutoire par provision ne cesse pas d'être exécutoire, quoiqu'une opposition ait été déclarée recevable. (*Bruxelles*, 1er juillet 1835, *Journa*

CXV. Un jugement par défaut ne saurait avoir, en sa faveur, la même présomption de bien jugé que celle que l'on peut accorder à une décision contradictoire. Aussi n'est-ce qu'après qu'un semblable jugement a été pour ainsi dire confirmé par le silence de la partie mise en demeure de former l'opposition, qu'il était raisonnable de le considérer comme exécutoire contre elle. Cette mise en demeure est opérée, suivant l'art. 155, par la signification du jugement à l'avoué de la partie défaillante, si elle en a constitué un, sinon à elle-même; et ensuite un délai de huitaine lui est donné, non seulement pour qu'elle ait le temps d'examiner si elle doit former son opposition, mais aussi pour qu'elle puisse se mettre en état de satisfaire au jugement, sans subir la rigueur des voies d'exécution autorisées par les lois. Néanmoins, notre article s'entend, sauf les exceptions prononcées par l'art. 135, et celle qu'il établit lui-même dans sa seconde disposition, pour le cas où il y aurait *péril dans la demeure*, c'est-à-dire, lorsque le créancier qui sollicite le jugement par défaut aurait de justes motifs de craindre de voir s'évanouir le gage de sa créance. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 118 et s.

636. *Le délai de huitaine, pendant lequel on ne peut exécuter les jugements par défaut, est-il franc, en sorte qu'on ne puisse procéder à cette exécution que le dixième jour, à partir inclusivement de la signification?*

Oui, disent M. DELAPORTE, t. 1, p. 85, et les auteurs du *Commentaire*, inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 305.

Nous en donnerons pour raison les termes mêmes de l'article, qui expriment que les jugements par défaut ne seront pas exécutés *avant l'échéance de la huitaine de la signification.*

Or, cette huitaine, qui ne commence à courir qu'à compter du jour de la signification, n'est pas échue au huitième jour qui la suit immédiatement; elle ne l'est que le neuvième: c'est donc ce neuvième jour, qui est le dixième si l'on compte celui de la signification, qui est le premier des jours utiles pour procéder à l'exécution.

[[V. le développement de notre opinion, sous l'art. 1033, *Question* 3110.]]

---

de cette Cour, 1835, p. 408.) Ou quoiqu'il y ait déclaration de pourvoi en cassation, ou bien opposition non réitérée. (*Cass.* 15 juin 1826; *J. Av.*, t. 31, p. 310.)

2° On n'est pas obligé d'attendre l'expiration de la huitaine de la signification pour exécuter un jugement d'adjudication sur saisie immobilière rendu par défaut. (*Bordeaux*, 6 avril 1827; *J. Av.*, t. 34, p. 345.)

3° Un jugement par défaut qui prononce une séparation de biens, peut être exécuté avant l'expiration de la huitaine de la signification. (*Amiens*, 19 février 1824, et *Toul.*, 23 août 1827; *J. Av.*, t. 26, p. 99; t. 35, p. 296.) C'est aussi l'opinion de M. REYNAUD, p. 246.

4° Peut-on valablement prendre une inscription hypothécaire en vertu d'un jugement par défaut, encore qu'il ne soit signifié ni à partie, ni même à avoué, et qu'il ne soit ni enregistré, ni expédié? La négative avait été décidée par arrêts de *Riom*, du 9 avril 1807; de *Cassation*, du 13 février 1809, sous l'empire de la législation antérieure au Code.

Mais l'affirmative paraît résulter maintenant d'une jurisprudence constante. (*Riom*, 8 mai 1809; *Besançon*, 12 août 1811; *Cass.* 21 mai 1811, 7 décembre 1812, 19 décembre 1820, 29 novembre 1824, et 19 juin 1833; *Riom*, 17 janvier 1824; *J. Av.*, t. 15, p. 71; t. 27, p. 330; t. 28, p. 176, et t. 47, p. 604; *Bruxelles*, 14 juin 1828, *Journal* de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 206.)

5° Lorsqu'un jugement par défaut ordonne l'exécution provisoire, nonobstant appel et sous caution, le jugement qui déboute de l'opposition et ordonne que le premier sera exécuté *selon sa forme et teneur*, n'a pas besoin de répéter formellement la disposition relative à l'exécution provisoire. (Arrêt de *Paris* du 11 octobre 1827, *Courrier des Tribunaux*, n° 178, du 12 octobre 1827.)]

637. *Mais ce délai doit-il être augmenté, conformément à l'art.* 1033, *à raison de la distance qui sépare le domicile de la partie défaillante du lieu où siége le tribunal où l'opposition devrait être portée ?*

On sent que cette question ne peut être faite que dans l'hypothèse où le jugement ayant été rendu faute de constitution d'avoué, doit être signifié à personne ou à domicile.

Dans cette circonstance, disent les auteurs du *Commentaire* précités (*ubi suprà*), on doit ajouter un jour par trois myriamètres de distance entre le domicile du défendeur et la ville où siégerait le tribunal : c'est le vœu de l'article 1033.

Nous remarquerons, au contraire, que ce laps de huitaine, durant lequel le jugement ne peut être mis à exécution, n'est accordé, en faveur du condamné, qu'afin de lui donner, comme nous l'avons dit au commentaire ci-dessus, le temps de réfléchir s'il doit y former opposition, de recueillir ses moyens à ce sujet, de s'assurer s'il ne doit pas plutôt, en laissant écouler le délai de l'opposition, interjeter appel, ou enfin de se mettre en état de satisfaire au jugement sans subir la rigueur des voies d'exécution forcée. — (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 472, et le *Discours du tribun* FAURE, édit. de F. Didot, p. 74.)

Ce délai ne doit donc pas être confondu avec celui que la loi donne pour l'opposition dans les art. 157 et 158; c'est un délai tout autre, et qui a un objet particulier pour lequel le législateur l'a cru suffisant.

Quelle serait d'ailleurs la nécessité de l'augmenter d'un jour par trois myriamètres pour la partie qui n'aurait pas constitué d'avoué, puisqu'elle n'a point à craindre que le jugement soit exécuté au préjudice de son opposition, l'art. 162 lui accordant le droit de prévenir ou de suspendre l'exécution, en formant opposition, soit par acte judiciaire, soit par déclarations sur les commandemens, etc.? (1)

[[Même observation qu'à la question précédente, *V. Question* 3410.]]

638. *De ce que l'art.* 155 *porte que les jugemens ne peuvent être exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution, s'ensuit-il que l'on puisse exécuter sans signifier à partie?*

L'art. 147 s'y oppose; il faut signifier le jugement à partie. Tout ce qui ré-

---

(1) Nous croyons néanmoins que l'on devrait ajouter l'augmentation dans les cas suivants :

Premièrement, s'il s'agissait d'un jugement qui ne serait pas exécutoire directement contre le condamné, par exemple d'un jugement qui ordonnerait la radiation d'une inscription hypothécaire;

Secondement, s'il fallait exécuter, à l'égard d'un tiers, le jugement obtenu contre lui, mais qui ne serait pas d'ailleurs susceptible de voies d'exécution qui ne frapperaient que sur lui-même.

En effet, cette exécution, d'après les art. 164 et 548 du Code de procédure, ne peut avoir lieu qu'en justifiant qu'il n'existe ni appel, ni opposition. Or, il deviendrait impossible de fournir jamais cette preuve, si, dans ces cas particuliers, le délai donné par l'art. 155 n'était pas en même temps celui qui ferait courir contre le condamné le délai de l'opposition.

Et comme, en ces circonstances, il n'a que la ressource d'un acte extrajudiciaire qu'il doit renouveler par requête d'avoué dans la huitaine qui suit cet acte, ou celle de cette requête qu'il peut signifier de suite à l'avoué adverse, à l'expiration de la huitaine accordée par l'art. 155, il est juste qu'il ait le temps d'en faire l'envoi au domicile de cet avoué, afin que celui qu'il constitue sur son opposition l'inscrive au greffe, conformément à l'art. 164, et prévienne ainsi l'exécution du jugement. Il doit donc avoir, après l'échéance de la huitaine, l'augmentation d'un jour par trois myriamètres.

Au surplus, les cas dont il s'agit ici sont des cas d'exception qui confirment ce que nous avons établi pour tous les autres où l'on ne pourrait appliquer les mêmes raisons de décider.

sulte de l'art. 155, c'est que la huitaine court du jour de la signification à avoué, en sorte que, n'eût-on signifié à partie que vingt-quatre heures avant l'exécution, l'exécution serait valable, pourvu qu'une huitaine se fût écoulée depuis la signification faite à avoué. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 131.)

[[Cette solution est la conséquence exacte du rapprochement des deux articles cités par M. CARRÉ.]]

639. *L'exécution provisoire peut-elle être ordonnée pour avoir lieu avant l'échéance du délai ou après, nonobstant opposition, même hors des cas mentionnés en l'art.* 135?

Oui [[et telle est aussi notre opinion]], parce que la dernière disposition de l'art. 155 serait inutile s'il en était autrement.

On doit donc entendre l'article en ce sens, qu'il exprime, dans la première disposition, que l'exécution provisoire, nonobstant opposition, ne peut jamais être ordonnée s'il n'y a urgence, même dans les cas déterminés par l'art. 135, et qu'il autorise les juges, par la seconde disposition, à l'ordonner hors ces cas, si l'urgence est telle qu'il y ait péril en la demeure, c'est-à-dire, que les choses soient irréparables en définitive, si le jugement n'était pas exécuté avant la huitaine. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 428 et s.

640. *De ce que l'art.* 155 *exige que l'exécution provisoire soit ordonnée par le même jugement, résulte-t-il qu'on ne pourrait se pourvoir en référé pour faire ordonner l'exécution provisoire, si le péril naissait et n'avait pu être connu que depuis le jugement?*

Les auteurs du *Praticien* estiment qu'en cette circonstance on pourrait, en attendant l'échéance du délai, faire ainsi statuer en référé sur l'exécution provisoire; mais nous croyons que les termes de l'art. 155 s'opposent à ce qu'une semblable demande soit accueillie par le juge des référés.

Au reste, le délai pendant lequel la loi défend d'exécuter les jugements par défaut n'est pas assez étendu, pour qu'il puisse résulter de grands inconvénients de la nécessité de l'observer.

[[M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 352, note 6, embrasse avec raison l'opinion de M. CARRÉ. *V.* notre *Question* 620 *bis*.]]

ART. 156. Tous jugements par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué, seront signifiés par un huissier commis soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné : ils seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus.

[29, 76, 89.— [Comm. du Tarif, t. 1er, p 229 et 230, n 19 à 24] C. de P., art. 153, 159, 435, 548 et 102 9. — [Carré *Compétence*, *Q.* 464. Notre Dictionnaire général de proc., vis *Jugement par défaut*, nos 38, 87, 225 à 231, 290, 292 à 294 298, 301, 306, 316, 317, 318, 320, 323, 325 à 332, 335, 335 bis, 336, 346, 364, 377; *Jugement*, n° 595; *Renvoi*, n° 61, et *Signification*, n° 79 à 81.—Devilleneuve, vis *Jugement par défaut*, nos 55 à 62, 85 à 88, 102, 142, 148 à 185; *Adjudication définitive*, n° 26; *Arbitrage forcé*, n° 39; *Emprisonnement*, n°8; *Paiement*, n°6; *Péremption*, n° 79, 114, et *Reprise d'instance*, n° 8 —Arm. Dalloz, vis *Appel*, n° 388. *Arbitrage*, n° 914; *Bigamie*, n° 27; *Enreg.*, n° 1621; *Exécution de jugements et actes*, n° 93; *Huissiers*, n° 216; *Hypothèques judiciaires*, n° 62; *Jugement par défaut*, n° 185 et s., 304, 341, 355, 358, 367 et s., 377 et s. 397, 411 et s, 423 et s., 492; *Obligations solidaires*, n° 98 et s ; *Péremption*, n° 292, 306; *Prescription civile*, n° 445; *Radiat hypothécaire* n° 95, et *Saisie immobilière*, n° 1118.— Locré, t. 21, p. 88, n° 6, p. 364, n° 84, p. 537, nos 36, 37, 38 et 39.—QUESTIONS TRAITÉES, L'art. 156 ne doit-il recevoir son application que dans les seuls cas où il n'y a pas eu constitution d'avoué? *Q.* 641 —Un jugement rendu contre un défendeur qui n'a pas constitué mais, qui s'est présenté à l'audience sans plaider ni conclure, est-il sujet à péremption faute d'exécution dans les six mois? *Q.* 641 *bis*.—L'article 156 est-il applicable aux jugemens de débouté d'opposition et aux jugemens rendus après défaut-joint? *Q* 641 *ter*.

—Le jugement par défaut qui ordonne le réassigné prescrit par l'art 153, est-il soumis à la péremption de six mois ? *Q.* 641 *quat.*—La péremption de l'art. 156 est-elle applicable au jugement par défaut rendu sur une reprise d'instance? (art. 350. C. pr. c.) *Q.* 641 *quint.*—L'art. 156 est-il applicable aux jugements rendus par quelque tribunal que ce soit ? *Q.* 642 — Le tribunal qui a rendu le jugement par défaut peut-il indiquer, pour commettre l'huissier le tribunal du domicile du défaillant? *autrement*, ce tribunal est-il obligé de désigner, pour commettre l'huissier, un des juges du tribunal lui-même? *Q.* 643.— La signification du jugement par défaut, rendu faute de constitution d'avoué, est-elle nulle, si elle n'a pas été faite par l'huissier qui aurait été commis? *Q.* 644 —Suffit-il que le jugement par défaut, portant condamnation *solidaire* contre plusieurs défendeurs, ait été exécuté contre l'un d'eux pour qu'il ne puisse être réputé non avenu contre les autres à l'expiration des six mois? *Q.* 645 — L'acquiescement de la part d'un débiteur solidaire empêche-t-il le codébiteur solidaire d'invoquer la péremption de l'art. 156, lorsque cet acquiescement n'a eu lieu que plus de six mois après l'obtention du jugement? *Q.* 645 *bis.*— La disposition de l'art. 156 s'applique-t-elle à l'étranger? *Q.* 646.—Faut-il, pour que la péremption du jugement ne soit pas acquise, que l'exécution ait été achevée dans les six mois, ou suffit-il qu'elle ait été commencée pendant ce délai?—*Q.* 647. Quand le jugement est non avenu, par l'expiration du délai sans exécution, la procédure qui l'a précédé est-elle également réputée non avenue, en sorte qu'il faille citer de nouveau en conciliation, et recommencer les suites en première instance? *Q.* 648. — A-t-on besoin de faire déclarer en justice la péremption prononcée par l'art 156? *Q.* 649 — Les créanciers du défunt peuvent-ils opposer la péremption du jugement, nonobstant une déclaration que celui-ci a donnée sous-seing privé, soit de reconnaître le jugement et de renoncer à l'attaquer, soit de le tenir pour exécuté? *Q.* 650 —Si l'on admettait le système contraire à celui qu'établissent les autorités citées sur la précédente question, et que l'on admît par conséquent la doctrine que nous professons dans la note ci-dessous, cette doctrine s'appliquerait-elle même au cas où le débiteur qui n'entend pas se prévaloir de la péremption, en ferait la déclaration postérieurement à la contestation dans le cours de laquelle son créancier aurait opposé l'exception? *Q.* 651 (1)] V. *infrà*, p. 62, Q. 643 *bis.*

CXVI. En thèse générale, on peut et on doit même avoir confiance dans les énonciations que renferment les exploits sur la remise de la copie. Mais le législateur n'a pu se dissimuler qu'il n'était que trop souvent arrivé que les copies des significations ne fussent pas parvenues aux parties, par la fraude d'un huissier prévaricateur ; c'est en langue vulgaire ce qu'on appelle *souffler une copie.* Dans ce cas, celui qu'on a dû citer ne peut se montrer sur une interpellation qu'il ignore ; on pourrait prendre contre lui un jugement par défaut ; si la prévarication se prolonge, on pourrait lui soustraire encore la copie de la signification du jugement ; et lorsque les délais pour se pourvoir seraient écoulés, il pourrait être écrasé par une procédure dont il n'a pas même soupçonné l'existence. C'est pour prévenir autant que possible, un semblable malheur, que la loi veut que le jugement par défaut faute de constitution d'avoué, soit signifié par un huissier *commis*, et qui, par suite de ce choix, aura en sa faveur une plus forte présomption de fidélité. La loi veut aussi que le jugement soit exécuté dans les six mois, sinon *réputé non avenu* ; disposition dont le motif est que, s'il était permis à la partie qui l'a obtenu de garder ce jugement pendant près de trente ans, terme fixé pour la prescrip-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° L'art 156 ne parlant que des *jugements rendus contre* une partie défaillante, il n'y a pas lieu à commettre un huissier pour notifier un arrêt à des défaillants qui, quoique tels, n'étaient pas appelants, et contre lesquels il n'a été prononcé aucune condamnation. (*Rennes*, 1re ch., 19 juill. 1809.)

2° Lorsqu'une partie a obtenu jugement par défaut et qu'elle poursuit par la vente des meubles, l'exécution de la condamnation aux frais pour se prémunir contre la péremption du jugement à défaut d'exécution dans les six mois, cette poursuite ne peut être interrompue par l'offre que fait un tiers du paiement de ces frais. (*Paris*, 13 mai 1814, *J. Av.*, t. 15, p. 387.)

3° Un conservateur des hypothèques peut opposer la péremption d'un jugement par défaut ordonnant la radiation d'une inscription hypothécaire. (*Pau*, 21 janv. 1824, t. 47, p. 492.)

4° Lorsqu'un jugement par défaut contre une partie est qualifié par erreur contre l'avoué, la signification de ce jugement doit être faite par huissier commis pour faire courir les délais de l'instruction qui a été ordonnée ; et l'erreur commise par les juges peut être rectifiée, soit par eux, soit par les juges d'appel, quoique le jugement ait été acquiescé, mais seulement quant à son dispositif. (*Cass.* 18 janv. 1830, t. 38, p. 186.)]

tion, elle pourrait le faire mettre à exécution dans un moment où la partie adverse aurait perdu les pièces ou les moyens à l'aide desquels elle eût pu le faire réformer. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 148.

641. *L'art.* 156 *ne doit-il recevoir son application que dans les seuls cas où il n'y a pas eu constitution d'avoué?*

Nous pensons, d'après les arrêts cités sur la 616e Quest., que cet article est applicable dans les cas où l'avoué du demandeur n'a point accepté le mandat. Les mêmes raisons qui ont porté les Cours de Nîmes, de Colmar et de Limoges, à décider qu'en cette circonstance il fallait appliquer les art. 158 et 159 au défaut prononcé ou à prononcer, nous paraissent militer en faveur de l'application de l'art. 156. (*V.* le *Commentaire* inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 307.)

[[Nous ne partageons pas cette opinion. *V.* ce que nous avons dit sur la 316e *Question.*]]

[[**641** bis. *Un jugement rendu contre un défendeur qui n'a pas constitué avoué, mais qui s'est présenté à l'audience sans plaider, ni conclure, est-il sujet à péremption, faute d'exécution dans les six mois ?*

« Cette question singulière, dit M. BONCENNE, t. 3, p. 94, a été examinée par M. Merlin, qui n'hésite pas à se prononcer pour la négative; et M. Boncenne, après avoir rapporté l'argumentation de M. Merlin, ajoute: « Ce raisonnement est parfaitement juste. Dès qu'il y a preuve que l'assignation a été reçue, il n'a pas été possible d'ignorer qu'un jugement a dû s'ensuivre. Ainsi lorsque le défaillant a constitué un avoué, signe non équivoque de la remise exacte de l'assignation, le délai de l'opposition court de la signification du jugement à cet avoué, et ne dure que huit jours; c'est que, l'exécution n'étant requise que comme une garantie de la connaissance du jugement, il eût été d'une trop bénigne sollicitude de proroger alors la faculté de réclamer jusqu'à l'exécution connue d'un jugement *déjà connu* (1). » — Nous avons médité avec une attention toute particulière cette étrange opinion de nos deux maîtres dans la science, en la rapprochant des principes mêmes de l'auteur de la théorie qui nous a si souvent répété que *les distinctions qui ne sont ni faites, ni indiquées dans la loi, visent toujours à l'arbitraire*, t. 3, p. 48. Nous avons rejeté leur doctrine, et nous avons préféré nous en tenir au texte pur, surtout quand notre opinion ne devait avoir d'autre inconvénient que d'étendre la faveur de la défense. *Tout jugement par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué*, dit le texte pur: notre solution est toute dans ces expressions. Pour résoudre une question réelle, il ne faut pas se préoccuper de ce qui serait mieux, mais de ce qui est. Comment admettre avec M. Merlin, qu'un fait, la présence tout illégale, selon lui, du défendeur, puisse faire *taire la présomption de droit sur laquelle repose tout entière la disposition de l'art.* 156? Nous donnerons de plus longs développements au principe général de *l'exécution*, en examinant le plus difficile et le plus mal rédigé de tous nos articles, l'art. 159.]]

[[**641** ter. *L'article* 156 *est-il applicable aux jugements déboutés d'opposition, et aux jugements rendus après défaut-joint ?*

La négative étant maintenant hors de doute et enseignée par presque tous

---

(1) [M. PONCET, t. 1, p. 389 et s., n° 229, paraît professer la même opinion.]

les auteurs, il nous suffira d'indiquer MM. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 296; BONCENNE, t. 3, p. 72; REYNAUD, p. 218 et 219; et de renvoyer aux nombreuses décisions rendues constamment dans le même sens. Arrêts des Cours de Grenoble du 29 mars 1821, de Bourges du 21 février 1829, d'Agen du 1er juillet 1830, et de Cassation des 2 juillet 1822, 23 février 1825 et 18 avril 1826. (*J. Av.*, t. 15, p. 422; t. 24, p. 222; t. 29, p. 42; t. 31, p. 5, et t. 44, p. 114.)

Le motif de notre solution est basé sur ce principe, qu'un jugement qui n'est pas susceptible d'opposition n'est pas un jugement par défaut, dans le sens légal; il est alors *réputé contradictoire.*

Dans les manuscrits de M. CARRÉ, nous avons relevé ce qui suit sur la difficulté : « Nous ne doutons pas qu'il n'y a point lieu à commettre un huissier, « puisque conformément à l'art. 153, le jugement rendu après réassigné a toute « la force d'un jugement contradictoire. »

Cependant nous devons dire que notre auteur cite à la suite de son opinion, un arrêt contraire de la Cour de Rennes du 9 janvier 1822, et l'avis opposé de M. PIGEAU, qui pense dans son *Commentaire,* t. 1, p. 353, que c'est un véritable défaut, ainsi que le prouvent, dit-il, les articles 413 et 480 C. p. c. M. Pigeau cite un arrêt de la Cour de cassation de 1812, que nous avons vainement cherché.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 154.

[[**641** quater. *Le jugement par défaut qui ordonne le réassigné, prescrit par l'art.* 153, *est-il soumis à la péremption de six mois ?*

Nous examinons cette question sous l'art 159, *Question* 663, en expliquant la théorie de l'exécution des jugements par défaut.]]

[[**641** quinq. *La péremption de l'art.* 156 *est-elle applicable au jugement par défaut rendu sur une reprise d'instance ?* (art. 350, C. pr. civ.)

Même renvoi qu'à la question précédente.]]

642. *L'art.* 156 *est-il applicable aux jugements rendus par quelque tribunal que ce soit ?*

Nous avons rapporté, sur la 93e *Question*, l'arrêt de la Cour de cassation qui a décidé que cet article n'était pas applicable aux jugements rendus par un juge de paix.

Il n'est pas douteux qu'il s'applique aux arrêts des Cours et aux jugements des tribunaux de commerce, conformément aux art. 470 du Code de procédure et 643 du Code de commerce (1).

643. *Le tribunal qui a rendu le jugement par défaut peut-il indiquer, pour commettre l'huissier, le tribunal du domicile du défaillant ?*

Autrement, *ce tribunal est-il obligé de désigner, pour commettre l'huissier, un des juges du tribunal du domicile, au lieu du tribunal lui-même ?*

Cette question naît de ces termes de l'art. 156, soit par *le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné.* La plupart des auteurs estiment qu'il ré-

---

(1) Il faut toutefois distinguer le cas où la partie a comparu devant le tribunal de commerce, par un fondé de pouvoir. Dans ce cas, celui-ci ne se fût-il présenté que pour demander seulement la remise de la cause, le jugement ne peut être réputé rendu par défaut, faute de comparoir, et par conséquent, il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 156. [Nous examinerons cette question sous l'art 438, Q. 1546]

suite de ces expressions que le tribunal qui rend le jugement par défaut, ne peut désigner un autre tribunal pour commettre l'huissier; mais qu'il doit indiquer de suite, soit un des juges du tribunal du domicile, soit un juge de paix. Ainsi, dit M. LEPAGE (*nouveau Style*, p. 121), la nomination de l'huissier peut être attribuée ou au président du tribunal, ou au juge de paix du domicile; mais *il faut que le jugement désigne précisément le juge auquel il donne commission*. Même remarque de la part de M. PIGEAU, t. 1, p. 470. M. HAUTEFEUILLE, p. 116, dit au contraire que le jugement doit être signifié par un huissier commis, soit par le tribunal saisi de la cause, soit par *celui* du domicile du défaillant que le tribunal doit désigner. Cet auteur prend conséquemment le mot *juge* pour synonyme de *tribunal*. On peut dire, pour justifier cette interprétation, qu'en effet la loi emploie souvent les deux mots dans la même acception, notamment au § 4 de l'art. 59, portant qu'en matière mixte, l'ajournement sera donné *devant le juge de la situation, ou devant le juge du domicile* du défendeur. Ici, sans contredit, la loi entend parler du tribunal.

Mais, dira-t-on, l'on ne peut rien induire de là en faveur du sentiment de M. HAUTEFEUILLE, parce que l'art. 156 porte, le *juge du domicile que le tribunal aura désigné*. Si, en effet, le législateur avait entendu indiquer le tribunal du domicile, il n'était pas besoin qu'il prescrivît la désignation par le tribunal qui rend le jugement.

Nous croyons concilier ces opinions diverses, en disant que le mot *juge* a été employé pour exprimer que l'on peut indiquer non seulement le tribunal du domicile, ou un juge de ce tribunal, mais même un juge de paix; ce qui s'accorde avec la disposition de l'art. 1035. Si l'on objecte que la loi s'étant servie du mot *juge*, on ne peut désigner un tribunal entier, nous répondrons que l'art. 156 doit s'expliquer par cet art. 1035, portant que, lorsqu'il s'agira de faire une opération quelconque en vertu de jugement, les juges pourront commettre *un tribunal voisin, un juge ou même un juge de paix;* que si l'article 156 emploie le mot *juge*, c'est pour ne pas exclure cette faculté de nommer ou un juge du tribunal ou un juge de paix; exclusion qui fût résultée du mot *tribunal*.

[[Deux arrêts dont nous approuvons la doctrine, ont confirmé l'opinion de M. CARRÉ.—Arrêts de Poitiers du 11 août 1819, et de Bourges du 19 avril 1829 (*J. Av.*, t. 21, p. 284, et t. 37, p. 194.)]]

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 146, 147.

644. *La signification du jugement par défaut, rendu faute de constitution d'avoué, est-elle nulle, si elle n'a pas été faite par l'huissier qui aurait été commis?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 48, se fondant sur ce que la loi ne prononce point, sous peine de nullité, l'obligation de se servir de l'huissier commis, estime que la loi a laissé à la prudence du juge à prononcer la nullité ou la validité de la signification, suivant que le défaillant alléguerait n'avoir pas reçu la copie ou conviendrait l'avoir reçue. Dans le premier cas, dit M. Lepage, la nullité serait prononcée, parce que le juge, suivant la présomption de la loi, prendrait pour constante l'assertion du défaillant; dans le second cas, le but de la loi, qui, en ordonnant de commettre un huissier, a voulu s'assurer de la remise de la copie, ayant été rempli, il n'y aurait aucun motif raisonnable pour rendre la signification sans effet.

Cette distinction nous paraît conforme à l'équité; mais peut-être pensera-t-on qu'elle n'est pas exactement fondée en droit.

Déjà nous avons dit que l'inobservation des dispositions de l'art. 153 emportait nullité, quoique cette peine ne fût pas formellement prononcée. Or, les observations que nous avons faites à cet égard doivent s'appliquer également à l'art. 156.

Aussi la Cour d'appel d'Agen, par arrêt du 6 fév. 1810 *(J. Av.*, t. 15, p. 335*)*, a-t-elle décidé que l'inobservation de la formalité prescrite par ce même art. 153 entraînait la nullité de la signification du jugement, et par suite celle de toutes les poursuites ultérieures.

C'est qu'en effet, tout exploit fait par un huissier incompétent est nécessairement nul, et que tout autre huissier qu'un huissier commis est incompétent, d'après l'article précité, pour signifier un jugement par défaut rendu contre une partie faute d'avoir constitué avoué.

Pourquoi, dans la rigueur du droit, ne déciderait-on pas, dans cette espèce, comme l'a fait la Cour d'appel de Rennes, par l'arrêt que nous avons cité sur la *Question* 9? (1)

[[Depuis que M. CARRÉ a émis son opinion sans parler d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1813, qui la proscrivait formellement, arrêt qu'il s'était contenté de citer à sa note de la *jurisprudence (J. Av.*, t. 21, p. 270*)*, deux auteurs ont écrit et ils ont professé sur la nullité la même opinion. L'un, M. PONCET, t. 1, p. 372, s'est exprimé en ces termes : « La signification faite par « un huissier autre que celui commis, sera nulle, bien que la loi ne la déclare « pas telle et qu'elle défende aux tribunaux de suppléer à son silence. La rai- « son en est que tout autre que l'huissier commis est sans caractère pour faire « la signification du jugement par défaut contre partie, ce qui résulte de l'in- « tention bien marquée du législateur et du but qu'il se propose ; or, tout acte « fait par un officier sans caractère est nul de droit ; car ce n'est pas un acte « public, ce n'est pas un acte, moralement parlant, mais une vaine apparence « d'acte qui, n'ayant aucune existence réelle, ne peut pas même être annulé, « vu que pour annuler un acte, il faut déclarer deux choses, savoir qu'il y a un « acte et que cet acte est nul. Tel est effectivement le motif général qui a fait « admettre les nullités auxquelles on donne avec raison le nom de nullités « substantielles. Dans le cas particulier, la signification faite par tout autre « que l'huissier commis, serait donc substantiellement nulle. »

M. BONCENNE, t. 3, p. 52, s'est fondé sur le même motif, le défaut de compétence ; mais il a adopté la distinction de M. Lepage, dont n'avait pas parlé M. Poncet : « Si la partie elle-même, a-t-il dit, reconnaît qu'elle a reçu « la signification, sera-t-elle bien reçue à demander la nullité de l'exploit « qu'elle tient à la main, en disant que l'huissier qui l'a donné n'est pas celui « que le tribunal avait désigné ? C'est comme si l'on demandait une caution « après le paiement de la dette. Toute sûreté est acquise, et la nullité ne serait « plus qu'une rigueur sans objet, un effet sans cause. » Et ce savant auteur invoque l'arrêt de 1813 (2).

Nous pensons que si M. Poncet se fût soumis cette distinction, il l'eût rejetée ; ses expressions sont trop énergiques. Un exploit *substantiellement nul*, ne peut être validé par la seule présence de la personne assignée.—En rapportant (*J. Av.*, t. 21, p. 265) un arrêt de la Cour de Bourges du 4 juill. 1812, contraire à celui d'Agen, nous avions manifesté quelqu'hésitation sur la question de nullité,

---

(1) Remarquons néanmoins que l'huissier, une fois commis pour signifier un jugement, peut, *sans une commission nouvelle*, en faire une seconde signification, si la partie dans l'intérêt de laquelle il a fait la première la croyait nulle.

Le motif de cette décision est que, dans le cas où un officier ministériel a reçu de la loi, du juge ou de la partie, le pouvoir nécessaire à la confection d'un acte, un tel pouvoir n'est épuisé qu'autant que cet acte est valablement et régulièrement fait. (*Cass.* 26 nov. 1810, *J. Av.*, t. 8, p. 583.)

(2) L'opinion de M. Boncenne paraîtrait avoir été adoptée, au milieu d'autres considérations, par un arrêt de la Cour d'Angers, du 19 juill. 1831. (*S.*, t. 31, 2e part., p. 287.) —Mais voy. *infrà*, Q. 739 *bis*.

mais aujourd'hui notre opinion est fixée et la distinction nous paraît inadmissible. L'art. 173 du Cod. de proc. répugne à ces décisions d'équité. (*V.* notre *Question* 739 *bis.*]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 140 et s.

645. *Suffit-il que le jugement par défaut, portant condamnation* SOLIDAIRE *contre plusieurs défendeurs, ait été exécuté contre l'un d'eux, pour qu'il ne puisse être réputé non avenu contre les autres, à l'expiration des six mois ?*

Pour soutenir que les poursuites faites en vertu d'un semblable jugement, contre une seule des parties condamnées *solidairement,* conservent à ce jugement sa force contre les autres parties, on pourrait dire que la péremption dont il s'agit en l'art. 156 doit être envisagée comme une espèce de prescription, et, par conséquent, qu'elle est régie par la législation relative à cette matière.

Or, l'art. 1206 du Cod. civ. porte que *les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires, interrompent la prescription à l'égard de tous.*

On serait donc porté à conclure, par analogie, que l'exécution poursuivie contre l'un des condamnés solidairement doit aussi interrompre la péremption du jugement à l'égard des autres.

« Mais ce raisonnement ne serait pas juste, disent les auteurs du *Commentaire* inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 312 ; car, s'il est de l'essence de la solidarité que le droit du créancier existe en entier contre chacun de ses codébiteurs solidaires, il n'en est pas de même de l'action judiciaire à l'exercice de laquelle ce droit donne lieu.

« Cette action est le mode autorisé par la loi pour parvenir à se faire payer de la créance elle-même. Cela est si vrai, que si le jugement qui prononcerait la condamnation d'une créance fondée en titre était déclaré nul, le titre, et par conséquent la créance, n'en seraient pas annulés pour cela ; seulement, le créancier serait tenu de recommencer son action.

« D'ailleurs, une action, lors même qu'elle a pour objet une créance solidaire, ne subsiste qu'à l'égard de celui des codébiteurs contre lequel elle est dirigée, et il serait absurde de prétendre que le jugement que j'aurais obtenu contre un seul de mes codébiteurs solidaires, pût être exécuté contre les autres. Sans doute ce jugement interromprait la prescription contre eux tous ; mais il ne m'autoriserait pas à poursuivre ceux contre lesquels il ne prononcerait pas de condamnation. »

« Il en doit être de même d'un jugement par défaut rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, et qui, dans les six mois de sa date, n'aurait été exécuté que contre quelques-uns d'entre eux : ce jugement aurait conservé toute sa force envers ceux contre lesquels l'exécution aurait été poursuivie ; mais à l'égard des autres, il serait périmé, c'est-à-dire que ces derniers ne seraient pas moins tenus solidairement au paiement de la dette, mais qu'on devrait recommencer l'action judiciaire, pour obtenir contre eux une nouvelle condamnation. »

Telle est aussi l'opinion de M. COFFINIÈRES. (*V. J. Av.*, anc. édit., t. 2, p. 180, et les arrêts qu'il cite, *ibid.* p. 354.)

Mais on fait, contre cette opinion, l'objection suivante : c'est que le jugement une fois rendu a reconnu ou établi une créance solidaire ; que ce jugement devient un titre de cette créance, et que, par conséquent, son exécution rentre nécessairement dans la classe des poursuites qui, suivant l'article 1206 du Cod. civ., interrompent la prescription : donc, pourrait-on dire, en assimilant la péremption du jugement à la prescription, l'exécution contre un seul des codébiteurs solidaires conserve le jugement à l'égard des autres.

On repond que le jugement n'est un titre que sous la condition qu'il sera exécuté dans les six mois de son obtention. Si cette condition n'est pas remplie, le titre s'évanouit ; si elle n'est remplie qu'à l'égard de l'un des condamnés, le jugement ne peut plus être un titre envers les autres, puisque la condition n'est pas remplie en ce qui les concerne. Or, s'il est incontestable qu'une demande formée isolément contre un des codébiteurs solidaires n'a d'effet que contre lui, quant aux condamnations qui en sont la suite, pourquoi n'en serait-il pas de même du jugement obtenu contre tous, mais qui ne serait exécuté que contre l'un d'entre eux?

D'ailleurs, les raisons qui ont dicté la disposition de l'art. 156 répugnent à une décision contraire. Pourquoi, disait M. le conseiller d'état TREILHARD, (*édit. de F. Didot*, p. 33), s'empresse-t-on d'obtenir un jugement, si l'on ne veut pas s'en servir? Il suit de là, dira-t-on, que l'on doit considérer celui qui n'exécute pas le jugement dans les six mois, comme s'il n'avait pas intenté d'action : donc cette inexécution du jugement obtenu contre plusieurs personnes condamnées solidairement, place celles contre lesquelles elle n'a pas eu lieu dans le même cas où elles se seraient trouvées, si aucune demande n'avait été formée contre elles.

Quoi qu'il en soit de tous ces raisonnements, et quelque fondés qu'ils paraissent être, nous nous sommes prononcé, dans notre *Analyse*, *Quest.* 524, contre l'opinion des auteurs du Commentaire inséré aux Annales du notariat ; et voici les raisons que nous soumettions à nos lecteurs sur cette question vraiment difficile :

Sans doute le jugement obtenu contre un seul des débiteurs solidaires ne peut, quoiqu'il interrompe la prescription à l'égard de tous, être un titre exécutoire contre ceux qui n'y ont pas été parties.

En effet, le titre que l'on veut mettre à exécution judiciaire contre quelqu'un, doit être directement dirigé contre lui, ou du moins contre les héritiers qui le représentent.

Mais il ne peut s'ensuivre que le jugement par défaut obtenu contre tous les débiteurs solidaires, et qui doit, à peine d'être réputé non avenu, être exécuté dans les six mois de son obtention, doive être réputé tel à l'égard de ceux contre lesquels il n'aurait pas été exécuté.

L'art. 156 ne distingue point ; et dès que le caractère de la solidarité, et le principal avantage qui en dérive pour le créancier, sont de faire considérer ce qui est fait avec ou contre l'un des débiteurs, comme censé fait avec ou contre tous ses coobligés, il nous semble que l'on doit en conclure que le jugement exécuté contre un d'eux est censé l'être contre tous.

Et pourquoi n'en serait-il pas ainsi? Y a-t-il plus d'inconvénients dans cette espèce, que dans le cas où la simple reconnaissance d'un codébiteur perpétue l'obligation des autres?

Ne serait-il pas étrange que la caution condamnée par défaut avec le débiteur principal, se fît un grief de ce que le jugement exécuté contre celui-ci, dans les six mois, ne l'eût pas été en même temps contre elle, au préjudice de son bénéfice de discussion? Et, à plus forte raison, n'en doit-on pas dire autant du codébiteur solidaire?

Supposons même, et c'est une question controversée que nous examinerons sur l'art. 443, que l'appel relevé contre un codébiteur solidaire ne conserve pas le droit d'interjeter appel après les trois mois contre les autres ; quelque justes en apparence que fussent les conséquences de cette décision, il y aurait, dans l'espèce de la question qui nous occupe, des raisons de différence qui les écarteraient, et les voici :

Pour exécuter, il faut un titre exécutoire. Or, le jugement de première ins-

tance n'en est plus un, dès qu'il est entrepris par appel; il faut, pour qu'il recouvre ce caractère, qu'il soit confirmé par l'arrêt à intervenir sur l'appel; il faut conséquemment *intimer* dans l'instance, dont le résultat sera de rendre ce caractère au jugement attaqué, toutes les parties contre lesquelles il aurait prononcé des condamnations.

Mais ces raisons ne se présentent point dans le cas où il s'agit d'exécuter un jugement et non de l'attaquer. Cette exécution n'est pas autre chose, suivant nous, que des poursuites faites pour parvenir au paiement d'une créance que le jugement à exécuter confirme. Or, si des poursuites faites contre un des codébiteurs solidaires interrompent la prescription contre tous les autres, quel motif reste-t-il pour prononcer la péremption du jugement, en faveur de ceux contre lesquels il n'aurait pas été mis directement à exécution?.....

Quoi qu'il en soit, la Cour de Limoges, par arrêt du 14 avril 1822 *(Sirey*, t. 22, p. 166*)*, a décidé que l'exécution d'un jugement par défaut contre un des codébiteurs solidaires, est sans effet à l'égard des autres codébiteurs, en ce qui touche la péremption de six mois établie par l'art. 156; en d'autres termes, que la péremption était acquise à leur profit après six mois, nonobstant l'exécution faite dans les six mois contre leur codébiteur.

[[Jamais question ne fut plus digne d'une étude approfondie, d'un examen réfléchi (1); mais, comme l'a dit M. BONCENNE, t. 3, p. 64, *les raisons, de part et*

---

(1)[[M. LORIEUX, avocat distingué du barreau de Nantes, a bien voulu nous communiquer son sentiment sur la difficulté, et nous croyons être utile en conservant les développements d'une opinion qui est opposée à la nôtre : « Cette question très grave, dit ce jurisconsulte, est fort controversée; pour la résoudre, il faut distinguer d'abord le cas où il s'agit de plusieurs codébiteurs, engagés solidairement par suite d'une convention expresse, et celui où le jugement seul prononce la solidarité. Cette distinction essentielle trouvera plus tard son application. Commençons par examiner le cas où il s'agit de plusieurs codébiteurs dont l'obligation solidaire résulte d'un contrat.

« Malgré tout le respect que je professe, en général, pour les décisions de notre savant professeur, M. Carré, je me permettrai, en cette circonstance, de rejeter son opinion; et, pour m'y déterminer, il existe des raisons péremptoires que M. Carré n'a point discutées.

« S'il est incontestable, en effet, qu'en reconnaissant la dette, un débiteur solidaire prolonge l'obligation à l'égard de ses codébiteurs et interrompt la prescription, il n'est pas moins certain qu'il ne peut changer, par son fait, les conditions du contrat. Voilà ce qui arriverait cependant, si un jugement par défaut exécuté contre un seul débiteur, devenait définitif à l'égard de tous. Une obligation qui, dans le principe avait été contractée sous signature privée, par exemple, pourrait en vertu d'un jugement, conférer hypothèque, et entraîner peut-être la contrainte par corps. Les conditions du contrat seraient donc entièrement changées, elles ne peuvent l'être que du consentement de toutes les parties. L'acquiescement que donne l'une d'elles au jugement par défaut, ne saurait donc lier les autres. Le seul effet attribué par la loi à la reconnaissance d'un débiteur solidaire, ainsi qu'aux poursuites isolées du créancier, c'est de conserver intacts les droits de celui-ci, mais sans y rien ajouter, pour les modifier. Les articles du Code que l'on cite en pareille matière (1206, 1207, 2249), ne disent pas autre chose. Ils disposent simplement qu'en s'adressant à un seul débiteur, le créancier interrompt la prescription et fait courir les intérêts, mais dans aucun cas il ne peut changer la nature de l'obligation; et de simple qu'elle était, par exemple, la rendre hypothécaire. Un jugement n'est pas un acte de poursuite, c'est un nouveau lien qui souvent resserre les obligations du débiteur, c'est un nouveau contrat qui intervient entre les parties.

« La question souffre encore moins de difficulté dans le cas où la solidarité résulte du jugement plutôt que de la convention; par exemple, dans une espèce qui est de nature à se présenter fréquemment, c'est-à-dire lorsqu'un jugement par défaut condamne solidairement les tireurs, souscripteurs et endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. L'exécution du jugement à l'égard d'un seul défendeur, dans les six mois de son obtention est évidemment nulle à l'égard des autres. J'ai peine à concevoir que la question ait été controversée et cependant divers arrêts de Cour royale l'ont résolue en sens cou-

d'autre, ont été suffisamment developpées et discutées : elles sont partout. Ce n'est donc même pas le sommaire de ces raisons que M. Carré a parfaitement ana-

---

traire. L'on cite particulièrement un arrêt de la Cour de Limoges (14 avr. 1822). La question paraît y avoir été mûrement examinée, et cependant l'on n'a point encore indiqué les véritables motifs de décider. Ces motifs les voici :

« Nulle part le législateur n'a qualifié de codébiteurs solidaires les divers souscripteurs, tireurs ou endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, et dans le fait cette qualification ne leur convient sous aucun rapport. Le Code de commerce dispose seulement art. 140 : « Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont *tenus à la garantie solidaire* envers le porteur. » l'art. 187 rend cette disposition commune aux billets à ordre. Le Code ne considère point comme *codébiteurs solidaires* les différents endosseurs, il leur impose simplement l'obligation de *garantir solidairement* le paiement de la créance. Cette différence sensible qui dérive de la nature des choses, entraîne aussi des conséquences absolument différentes. L'effet est le même à l'égard du créancier à qui la loi accorde la faculté de s'adresser à tous les débiteurs à la fois, et de réclamer de chacun en particulier, la totalité de sa créance; mais en ce qui concerne les rapports des codébiteurs entre eux, les résultats sont entièrement différents.

« Lorsque la solidarité dérive d'un contrat, l'obligation se divise de plein droit entre tous les débiteurs, et si l'un d'eux a désinteressé le créancier, les autres ne sont tenus envers lui que pour leur part. Rien de semblable entre les divers souscripteurs d'un effet de commerce, et si un endosseur est poursuivi, il peut réclamer le remboursement intégral de la créance, mais non contre tous les endosseurs indistinctement. Il n'a d'action que contre ceux qui le précèdent.

« Les motifs de cette différence sont aisés à saisir. Les divers endosseurs d'un effet de commerce ne sont point engagés en vertu d'une obligation commune, mais par suite d'une garantie successive. Il s'agit moins entre eux de solidarité que de garantie réciproque. Cette garantie est de droit commun et le Code de commerce se borne, pour ainsi dire, à développer à cet égard les principes ordinaires du droit civil. Tout cédant doit garantir à son cessionnaire la créance cédée (art. 1603, 1625, 1693). Le Code de commerce ajoute qu'il répondra même de la solvabilité du débiteur. D'un autre côté, un droit inhérent à la qualité de créancier, c'est celui d'exercer les actions de son débiteur (1166), et de là vient que le porteur d'un effet de commerce a le droit de poursuivre non-seulement son cédant immédiat, mais encore tous les endosseurs qui le précèdent. De la combinaison de ces deux principes, résulte la disposition qui réunit les divers souscripteurs, dans un engagement commun envers le porteur de la créance; mais du moment où il n'existe pas de solidarité dans le sens de la loi, l'on ne peut appliquer les principes du Code, spéciaux en cette matière.

« Des motifs analogues détermineraient encore à décider la question dans le même sens, s'il s'agissait d'un jugement par défaut rendu en matière d'incendies accidentels, de crimes ou de délits, par les tribunaux civils. « Tous les individus, porte l'art. 55 du Code pénal, condamnés pour un même crime ou un même délit, sont *tenus solidairement* des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. » L'art. 1734 du Code civil renferme une disposition semblable. Mais pour que le jugement rendu par un tribunal civil, entre plusieurs complices, et prononcé par défaut, devienne définitif, il faudra qu'il soit exécuté contre tous. Car ici la solidarité résulte du jugement même, et peut être contestée. Chacun des défendeurs a le droit de soutenir qu'il n'est pas coupable, que c'est à tort qu'on l'a condamné.

« Le débiteur qui s'est obligé solidairement, sait du moins à quoi il s'engage, il connaît d'avance les conséquences du contrat. Il sait qu'en se liant conjointement avec un autre débiteur, il lui a confié en quelque sorte la libre disposition de ses intérêts. Il a consenti d'avance à reconnaître comme contradictoires avec lui, toutes les poursuites, tous les actes qui interviendraient, même à son insu, entre son codébiteur et son créancier. C'est à lui d'avoir toujours les yeux ouverts, afin d'éclairer la conduite de son codébiteur, et de l'empêcher de reconnaître la dette, ou de faire tout autre acte préjudiciable à ses intérêts. Mais un individu que l'on prétend co-auteur d'un crime ou d'un incendie, peut soutenir non seulement qu'il n'a pas eu connaissance du jugement, mais encore qu'on l'a injustement condamné. Alors il attaque et le jugement, et la base sur laquelle il repose. Et comment prétendre qu'un individu qui n'a pas eu connaissance d'une condamnation rendue contre lui, est exposé cependant par le fait d'un tiers à ce qu'elle devînt définitive? L'on objecterait en vain qu'il est difficile de supposer qu'un jugement, qui, d'après l'art. 156 du Cod. pr. c. doit être signifié par un huissier commis à cet effet, ne sera pas connu de la partie qu'il concer-

lysées que nous avons à donner ici, c'est notre opinion, et notre embarras est très grand.

Après avoir, dans son dix-septième volume, p. 375 (additions), longuement combattu M. Carré, M. MERLIN a ajouté, dans sa nouvelle édition une ligne pour annoncer que c'était au système de M. Carré qu'il fallait s'en tenir M. Boncenne trouve le secret de cette abjuration si brève, si brusque et si désappointante dans le passage des questions de droit, où M. Merlin enseigne qu'un jugement rendu pour ou contre un débiteur solidaire a l'autorité de la chose jugée pour ou contre les autres codébiteurs; il est bien certain qu'admettre ce principe *in extenso*, c'est trancher au vif la difficulté qui nous occupe. M. Boncenne s'est déterminé à adopter l'opinion de M. Carré par cette considération, que les obligés solidaires sont censés mandataires les uns des autres et cependant il craint d'admettre la doctrine hardie de M. Merlin (*Questions de droit*). —*Il y aurait à disserter beaucoup sur cette question*, dit-il, *et ce n'est pas la nôtre*... M. Carré en avait dit autant. M. Thomine-Desmazures est aussi de ce avis, tout en adoptant l'opinion de MM. Carré, Merlin et Boncenne sur la question spéciale qui nous occupe. Est-il bien certain que ce ne soit pas le véritable siége de la difficulté? Nous allons y revenir.

D'abord, distinguons bien les cas qui peuvent se présenter : ou deux obligés solidaires reconnus tels, ou se reconnaissant tels, sont assignés et condamnés, ou la difficulté porte précisément sur la solidarité. Dans le premier cas, la difficulté ressort tout entière, mais dans le second cas elle n'existe plus : car, si je soutiens que je ne suis pas solidaire, et si je le fais juger, on ne peut m'opposer aucun des actes faits contre un prétendu codébiteur solidaire.

Constatons aussi l'état de la jurisprudence : les cours royales de Montpellier, arrêt du 20 août 1810 et Nîmes 4 févr. 1829; de Toulouse, arrêts des 25 janvier 1822, 22 août 1826 et 29 janv. 1827; de Poitiers, arrêt du 19 juin 1821; de Paris, arrêt du 14 août 1828. Les Cours de cassation, arrêt du 7 déc. 1825, et de Bordeaux, arrêt du 9 août 1833 (*J. Av.* t. 15, p. 347; t. 21, p. 292; t. 23, p. 216; t. 30, p. 276; t. 32, p. 355; t. 36, p. 250, et t. 46, p. 180), se sont prononcées pour l'exécution complète, quoiqu'elle n'ait eu lieu qu'à l'égard d'un des condamnés solidaires.

L'opinion contraire a été partagée par les Cours de Limoges, arrêt du 4 fév. 1822; de Paris, arrêts des 1er mars 1826 et 2 mars 1829; de Nîmes, arrêts des 28 novembre 1826, et 24 janvier 1829; d'Aix, arrêt du 26 janvier 1836; d'Amiens arrêt du 7 juin 1836 (*J. Av.*, t. 24, p. 51; t. 32, p. 74 et 355; t. 36, p. 320; t. 38, p. 250, et t. 51, p. 569 et 571).—Dans ces divers arrêts on trouve des espèces où il s'agissait d'un jugement rendu contradictoirement contre un des codébiteurs solidaires et exécuté contre lui; les principes seraient les mêmes, soit qu'on admît, soit qu'on rejetât la péremption.

De ces nombreuses décisions nous ne donnerons que deux textes qui nous paraissent représenter les deux systèmes de la manière la plus complète : pour l'exécution suffisante le texte de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre

---

ue. La loi admet cette possibilité puisque le même art. 156 déclare que les jugements par défaut, rendus contre une partie qui n'a pas constitué avoué, seront exécutés dans les six mois de son obtention, sinon réputés non avenus. «D'ailleurs, disait M. Treilhard en exposant les motifs du Code (édit. Didot, p. 33): pourquoi s'empresse-t-on d'obtenir un jugement, si l'on ne veut pas s'en servir? » N'y aurait-il pas de graves inconvénients à permettre au demandeur de garder le silence pendant près de trente ans, et de venir ensuite réclamer l'exécution d'un jugement par défaut, dans un moment où la partie adverse aurait perdu peut-être les pièces qui pourraient servir à la justifier.

« Disons donc avec confiance, que dans tous les cas, pour qu'un jugement par défaut, rendu contre plusieurs défendeurs solidaires ou non, devienne définitif, il faut qu'il soit exécuté contre chacun d'eux en particulier. »]]

1825, pour l'opinion contraire le texte de la Cour de Nîmes du 24 janvier 1829.

1° « La Cour;—*Sur les conclusions conformes de M. de Marchangy ;* —Attendu que l'art. 156 C. de pr. civ. ne réputc *non avenus* les jugements par défaut que lorsque les six mois accordés pour leur exécution contre la partie condamnée sont expirés, ce qui fait acquérir à cette partie une péremption ou prescription contre le jugement ;

« Attendu que l'art. 1206 Code civil porte expressément que « les poursuites « faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'é- « gard de tous ; » que cette disposition est conçue en termes généraux ; qu'elle s'applique à tous droits, actions et actes susceptibles d'être prescrits ou périmés, et par conséquent à la prescription ou péremption établie par l'art. 156 C. de pr. civ. ;

« Attendu qu'en prolongeant ainsi au-delà de six mois l'existence du jugement par défaut, l'arrêt attaqué ne porte aucun préjudice au défaillant, lequel conserve toujours le droit de former opposition et de faire valoir tous les moyens qu'il aurait à proposer contre la condamnation, lorsqu'on viendrait à l'exécuter contre lui personnellement ; Rejette. » (*Arrêt de la Cour de cass.*)

2° La Cour ; Attendu que pour exprimer sa volonté dans son art. 156 C. p. c., le législateur s'est servi de termes d'une clarté et d'une précision telles, que ce serait méconnaître sa volonté, si, se livrant à des interprétations superflues, on cherchait à soustraire à la péremption portée par cet article un jugement par défaut, rendu contre une partie qui n'aurait pas constitué d'avoué, à l'égard de laquelle ce jugement n'aurait pas été exécuté dans les six mois de son obtention ;—Que vainement on voudrait trouver une exception dans les dispositions des art. 1206 et 2249 C. c. ; d'une part, parce que s'il existait quelque apparence de contradiction entre ces mêmes dispositions et celle de l'art. 156, ce dernier ayant été émis bien postérieurement aux deux autres, devrait seul être consulté, et que, d'autre part, il n'est rien dans ces articles qui ne puisse se concilier, puisque les art. 1206 et 2249 n'ont trait qu'à un mode de conservation du droit du créancier, à l'egard de chacun de ses débiteurs solidaires, et que l'art. 156, bien qu'il annule le jugement par défaut quant à l'un d'eux, n'en neutralise pas entièrement les effets en ce qui les concerne, car étant, comme dans l'espèce, devenu définitif à l'égard d'un des codébiteurs, le créancier demeure autorisé à s'en prévaloir comme interruptif de la prescription envers l'autre, et qu'enfin la péremption par lui encourue n'eteignant pas son action, rien ne lui interdit la faculté de l'intenter de nouveau ;—Attendu, d'ailleurs que réputer exécuté à l'encontre de tous les codébiteurs solidaires un jugement par défaut qui n'aurait été exécuté que contre l'un d'eux, ce serait evidemment repousser dans les exceptions qui lui seraient personnelles, celui à l'égard duquel l'exécution n'aurait pas eu lieu ;—A démis les parties de Viger (les syndics Favant) de leur appel. *(Arrêt de la Cour de Nîmes.)*

Ainsi, la Cour de cassation se fonde uniquement sur l'art. 1206 et réserve au défaillant tous ses droits, même celui de former opposition ; et la Cour de Nîmes sur ce que c'est une exception personnelle qui, ne touchant point le fond du droit, ne rentre pas dans les termes des art. 1206 et 2249.

Les concessions de la Cour de cassation ne nous paraissent pas rationnelles avec son système; c'est tout, ou rien ; et nous nous étonnons que M. Boncenne, si positif dans ses opinions, n'ait pas osé aborder la difficulté de front, ait laissé de côté la question de Merlin et du président Favre dont il cite l'opinion *(Nec sententia contra unum ex correis lata alteri nocet)*, et se soit contenté de s'exclamer : *Mais cette question n'est pas la nôtre ! !* Supposons que ce ne soit pas la nôtre; c'était toujours une très grave question, et l'avis de ce savant auteur nous eût été précieux

Nous pensons au contraire que là est toute la question, et nous finissons, après avoir long-temps hésité, en décidant qu'une procédure faite contre le débiteur solidaire, est censée faite contre tous, que l'interpellation contre l'un est une interpellation contre l'autre, que l'interruption de prescription contre l'un est une interruption contre l'autre, et que l'exécution contre l'un est une exécution contre l'autre ; que l'opposition ou l'appel de l'obligé solidaire n'est plus permis, parce qu'ils seraient inutiles, lorsque le créancier a un jugement passé en force de chose jugée contre le coobligé, que le jugement obtenu contre un seul des coobligés solidaires emporte exécution parée contre tous, et même concède contre tous un droit hypothécaire ; en un mot, comme dit M. MERLIN, « Qu'on y trouve un concours parfait des conditions à ce requises. D'une « part, une dette solidaire est la même dans sa substance et dans sa cause, « pour chacune des parties qui y sont obligées. D'un autre côté, le codébiteur « solidaire *pour* ou *contre* lequel jugement a été rendu ne forme moralement « qu'un seul et même individu avec les autres codébiteurs, parce qu'ils n'ont « pu s'obliger solidairement à la même dette, sans se constituer mandataires « l'un de l'autre pour la payer, et par suite, pour se représenter mutuellement « dans tous les actes et toutes les procédures qui tendraient à la faire payer, et « pour faire valoir dans leur intérêt commun tous les moyens qu'ils pourraient « avoir de s'exempter de la payer. »

Nous entrevoyons sans peine les mille et une objections qui peuvent surgir contre ce système absolu, les difficultés de procédure qui paraîtront inextricables à certains esprits ; mais voici notre réponse : Les législateurs ne sont pas infaillibles ; il arrive trop souvent que leurs prescriptions se contredisent, et que le commentateur de la loi ait à concilier des textes évidemment opposés. Dans cette lutte, les principes de droit civil doivent demeurer immuables, à moins que la loi de procédure qui n'est que secondaire y ait dérogé expressément.

Pourquoi s'effrayer, du reste, qu'un jugement soit exécutoire contre un individu qui n'y a pas été partie? Cela arrive fréquemment (1) pour les ayant-cause. Et un coobligé solidaire est plus qu'un auteur ou un ayant-cause, c'est une même personne en deux ou plusieurs têtes, tant que le lien existe (*V.* notre *Question* 645 *bis*) (2).

Insistons sur ce que nous avons déjà fait observer, que tout le système croule du moment où la solidarité est contestée, ou un paiement invoqué. C'est aussi ce qui résulte de deux arrêts, l'un de la Cour d'Orléans du 7 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 118), l'autre de la Cour de cassation du 29 nov. 1836. (*J. Av.*, t. 52, p. 382) [1 **Supp. alph**, V° *Jugement par défaut*, n. 156 et s.

---

(1) [L'art. 185 du Code de procédure nous en offre un exemple.]

(2) [Aussi n'attachons-nous aucune importance aux questions de savoir, 1° Si lorsque de deux débiteurs l'un fait défaut et l'autre est condamné contradictoirement, le second peut arguer de l'opposition formée par le premier ; pour nous, la négative est incontestable, puisqu'au premier nous n'accordons même pas l'opposition, si le jugement rendu contre le second est inattaquable! (V. l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1806 (*J. Av.*, t. 15, p. 294); 2° Si, lorsque de deux codébiteurs assignés, l'un acquiesce contradictoirement à la demande et l'autre fait défaut, le second peut former opposition au jugement Un arrêt du 6 fév. 1830 de la Cour d'Agen a jugé l'affirmative (*J. Av.*, t. 42, p. 52) ; en rapportant cet arrêt nous doutions encore sur la grave question principale qui domine la matière, mais aujourd'hui, nous devons décider comme conséquence des principes que nous avons posés que la Cour d'Agen a mal jugé, et que le jugement avait force complète contre les deux coobligés solidaires, puisque comme l'a dit M. *Boncenne*, celui qui a acquiescé était le *mandataire* de l'autre.]

[[**645 bis.** *L'acquiescement de la part d'un débiteur solidaire empêche-t-il le codébiteur solidaire d'invoquer la péremption de l'art.* 156, *lorsque cet acquiescement n'a eu lieu que plus de six mois après l'obtention du jugement?*

Cette question diffère essentiellement de la précédente, en ce que l'acquiescement a eu lieu après que la péremption du jugement était acquise à tous les débiteurs.

Pour soutenir que le codébiteur solidaire ne peut invoquer la péremption, on argumente du caractère de la solidarité, et l'on dit que, puisqu'une simple reconnaissance d'un codébiteur solidaire perpétue l'obligation des autres, on peut conclure, *à pari*, pour l'acquiescement; on peut répondre, à la vérité, que la reconnaissance d'un codébiteur solidaire, une interpellation qui lui est faite ne sont qu'interruptives de prescription, mais ne peuvent constituer de nouveau un droit déjà éteint; que si le codébiteur solidaire consent à payer une dette prescrite, il n'oblige que lui seul, parce que c'est une nouvelle dette qu'il contracte. La péremption d'un jugement par défaut est une espèce de prescription qui, une fois acquise au bénéfice de tous les coobligés solidaires, ne peut leur être ravie par l'un d'eux (Arrêt conforme du 14 décembre 1827, S., 28. 2. 141, et D., 28, 2e part., p.61). C'est ainsi que, pour la grave question du délai d'appel en matière de solidarité, on décide généralement, que l'appel interjeté en temps utile, par un des coobligés solidaires, interrompt le cours du délai d'appel pour tous, tandis que l'appel interjeté contre un des coobligés après que le jugement a déjà acquis la force de chose jugée au profit de quelques autres, n'est pas recevable (*V.* nos *Q.* 1136 *ter* et 1565).

Mais la question devient plus délicate si l'acquiescement du codébiteur solidaire est d'une date antérieure à l'expiration des six mois, et si cet acquiescement n'est pas enregistré ou n'a pas autrement acquis date certaine. Le 7 janvier 1830 (*J. Av.* t. 38, p. 229), la Cour de Poitiers a décidé qu'en pareil cas, le jugement par défaut n'était pas périmé. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'associés. Cette cour s'est principalement fondée sur les art. 1206 et 1859 du C. civ., et sur ce que le défaut de date certaine ne pouvait pas être opposé par un associé qui n'est pas un tiers dans le sens de l'art. 1328, et qui ne forme qu'une seule et même personne avec son co-associé. Nous ne pouvons admettre cette thèse générale; selon nous, elle favoriserait la fraude; mais il peut y avoir des espèces particulières où un acquiescement sous seing privé, à raison des circonstances, doive être considéré comme ayant interrompu la péremption à l'égard de tous les coobligés solidaires. (*V. infrà* la *Question* 651.)]]

646. *La disposition de l'art.* 156 *s'applique-t-elle à l'étranger?*

Cette question a été jugée affirmativement par arrêt de Rouen du 3 février 1813 (*J. Av.*, t. 15, p. 377), en faveur d'un étranger qui avait des propriétés en France, et contre lequel, par conséquent, le jugement pouvait être exécuté suivant la disposition de l'art. 159. Nous pensons qu'il en serait de même, si l'étranger n'avait aucune propriété en France, parce qu'il suffirait de faire dresser procès-verbal de carence au lieu de sa demeure. Mais s'il ne résidait pas en France, il ne paraît pas qu'il pût invoquer la faveur de cet article.

[[MM. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1er, p. 357, et REYNAUD p. 229 et 234, ont adopté, avec raison, cette opinion de M. Carré. (*V. infrà*, la *Question* 652.)]]

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 166, 167.

647. *Faut-il, pour que la péremption du jugement soit acquise, que l'exécution ait été achevée dans les six mois, ou suffit-il qu'elle ait été commencée pendant ce délai?*

« Il n'est pas douteux, dit M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 150, qu'un

commencement d'exécution dans le délai de six mois suffit pour satisfaire à la loi. On en sera convaincu, ajoute-t-il, lorsqu'on réfléchira qu'il n'était pas possible d'exiger que l'exécution fût achevée dans les six mois. En effet, lorsqu'on fait une saisie mobilière, on n'est pas le maître de la terminer dans un délai fixé, à plus forte raison ne peut-on prévoir la fin d'une saisie immobilière, etc. »

Mais ne doit-on pas plutôt rapprocher la disposition de l'art. 156 de celle de l'art. 159, et interpréter celle-là par celle-ci? Cet art. 159 n'a-t-il pas été porté pour expliquer toutes celles dans lesquelles le législateur attache quelque effet à l'exécution?

C'est notre opinion. M. le conseiller-d'état TREILHARD, en annonçant la disposition de l'art. 158, qui veut que l'opposition soit recevable jusqu'à l'exécution, disait (*V.* édition de F. Didot, p. 33): *«Pour couper court à toute espèce de subtilité, on a dû définir ce qu'on entend par exécuter un jugement.»*

Or, nous demanderons maintenant si dans toute disposition qui n'a point distingué entre *exécuter* et *commencer d'exécuter*, mais qui a exigé *l'exécution*, la loi n'a pas voulu que tous les actes, au moyen desquels elle réputé un jugement exécuté, aient été faits? Nous tenons pour l'affirmative, et nous disons en conséquence qu'un jugement par défaut, rendu faute de constitution d'avoué, peut être réputé non avenu, si celui qui l'a obtenu ne peut prouver qu'il a fait les actes prescrits par l'art. 159, ou que le condamné a eu connaissance de ces actes. (*V.*, au surplus, les *Questions* examinées sur l'art. 159.)

[[Nous examinons sous l'art. 159, quand il y a *exécution légale;* du reste, la distinction de M. CARRÉ nous paraît fondée.]]

648. *Quand le jugement est non avenu par l'expiration du délai sans exécution, la procédure qui l'a précédé est-elle également réputée non avenue, en sorte qu'il faille citer de nouveau en conciliation, et recommencer les suites en première instance?*

Nous pensons que l'art. 156 n'annule que le jugement obtenu, et remet conséquemment les parties au même et pareil état où elles se trouvaient avant le jugement (1).

---

(1) Soutenir le contraire, ce serait contrevenir à la disposition de l'art. 1030, portant qu'aucun exploit, aucun acte de procédure, ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi; ce serait violer le principe d'après lequel les tribunaux ne peuvent suppléer des déchéances.

Le législateur a eu pour motif, dans l'art. 156, d'obliger celui qui obtient un jugement par défaut à l'exécuter dans un délai déterminé, afin, comme l'a dit M. Pigeau, t. 1, p. 470, que le condamné ne soit pas surpris par l'exécution inopinée qu'on viendrait faire après un long intervalle. C'est là en effet ce que la loi a voulu prévenir dans l'intérêt du condamné; elle ne frappe que le jugement, et rien ne porte à croire qu'elle ait entendu considérer aussi comme non avenus les actes qui l'ont précédé : de puissantes considérations s'opposent au contraire à ce que l'on donne cette extension à l'art. 156.

Premièrement, la disposition qu'il renferme est rigoureuse : elle doit être restreinte aux termes dans lesquels elle est conçue; c'est ce que commandent les principes les plus certains de la jurisprudence; c'est ce qui dérive expressément de l'art. 1030.

Secondement, si le législateur a entendu que l'on envisageât comme non avenus les actes antérieurs au jugement, il s'en fût expliqué comme il l'a fait dans l'art 401 du Code de procédure, où il déclare que la péremption d'instance emporte extinction de la procédure; disposition qui vient à l'appui du principe, que les nullités et les déchéances ne se présument point. Aussi la cour de Nîmes, par arrêt du 5 juillet 1809 (*S.*, t. 12, p. 432, *J. Av.*, t. 15, p. 328), a-t-elle consacré cette opinion, en considérant que l'art. 156 ne prononçant rien sur les instances qui ont servi de base au jugement périmé, rien ne s'opposait à ce qu'un nouveau jugement fût obtenu sur l'exploit introductif. Mais on sent qu'à cet effet, le défaillant doit être sommé

649. *A-t-on besoin de faire déclarer en justice la péremption prononcée par l'art. 156?*

Nous pensons, comme M. PERRIN (*Traité des nullités*, p. 136), qu'après les six mois le jugement tombe de lui-même, puisque l'article porte que, *s'il n'est pas exécuté dans les six mois de son obtention, il sera réputé non avenu.* Il ne serait donc pas besoin, soit de se pourvoir pour en faire prononcer l'annulation, soit d'en appeler pour le faire réformer; seulement on aurait à opposer la péremption, par voie d'exception, à la partie qui entendrait s'en prévaloir de quelque manière que ce fût.

[[MM. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 356, et BONCENNE, t. 3, p. 53, adoptent cette opinion que nous partageons également : « *Au besoin*, dit ce dernier auteur, *il suffira d'opposer cette prescription acquise dont l'effet a mis au néant le jugement par défaut, ou l'a fait tomber en* NON CHALOIR, *comme l'aurait fort bien exprimé le vieux langage.* »]]

650. *Les créanciers du défunt peuvent-ils opposer la péremption du jugement, nonobstant une déclaration que celui-ci a donnée sous seing privé, soit de reconnaître le jugement et de renoncer à l'attaquer, soit de le tenir pour exécuté?*

Par les motifs énoncés dans un arrêt de la Cour de Caen du 26 avril 1814, nous avions ainsi posé la question dans notre *traité-questions*, n° 913 : *La péremption dont il s'agit n'est-elle établie qu'en faveur seulement de la partie condamnée, en sorte que d'autres exerçant les droits de cette partie soient tiés par une déclaration qu'elle aurait donnée sous seing privé de reconnaître le jugement pour exécuté?* et nous la décidions pour l'affirmative. Mais, le 19 nov. 1817, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'Agen, qui avait jugé dans un autre sens; décision qu'adopte M. Toullier, t. 8, 2e édit., p. 383, n° 252, et qui sera sans doute opposée avec avantage contre l'opinion que nous avions émise, mais dont nous rappellerons les motifs dans la note ci-dessous, parce que nous persistons à les croire fondés sur l'esprit de la loi (1).

---

de comparaître par exploit notifié à personne ou domicile.

[Nous donnerons notre opinion à la *Question* 1414e, où M. Carré a de nouveau traité avec étendue la difficulté dont il s'est occupé dans cette note.]

(1) Nous disions, avec les auteurs des *Annales du Notariat*, t. 15, p. 200, que la question dont il s'agit devait être résolue pour l'affirmative; et c'est en effet ce qui paraît résulter des art. 158 et 159, des discours des orateurs du gouvernement au corps législatif, en présentant le tit. 8, liv. 2, et des principes reçus en matière de prescription.

En effet, le motif qui a dicté l'art. 156 est facile à concevoir : on n'a pas voulu laisser dans les liens d'un jugement qu'il pourrait ignorer, ni exposer à la surprise d'une exécution inopinée, un débiteur que sa situation malheureuse recommandait. Or, si c'est là le véritable et l'unique motif de la loi, il importe peu que l'acte par lequel ce débiteur déclare avoir connaissance de la condamnation soit authentique ou sous seing privé, ait une date certaine ou n'en ait point, pour qu'il le lie envers des tiers et détermine pour lui le bénéfice de l'art. 156. Ce qui est réglé pour la partie condamnée doit l'être également pour les tiers qui prétendraient se mettre en son lieu et place.....

En vain ceux-ci invoqueraient-ils le bénéfice de l'art. 1328 du C. civ., d'après lequel les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics.

Cette disposition n'a point été portée pour le cas où les tiers qui veulent rejeter l'acte sous seing privé, n'ont d'autre droit que celui de l'individu même dont cet acte est émané

Or, on le répète, la nullité dont parle l'art. 156 étant personnelle au débiteur, des créanciers qui, non moins que ses héritiers, sont tenus de respecter ce qu'il a fait, toutes les fois qu'il n'a point agi *en fraude de leurs*

651. *Si l'on admettait le système contraire à celui qu'établissent les autorités citées sur la précédente question, et que l'on admît par conséquent la doctrine que nous professons dans la note ci-dessous, cette doctrine s'appliquerait elle-même au cas où le débiteur qui n'entend pas se prévaloir de la péremption, en ferait la déclaration postérieurement à la contestation dans le cours de laquelle son créancier aurait opposé l'exception?*

On trouve, au tome 15, p. 371 du *Journal des Avoués*, un arrêt de la Cour de Paris du 7 juin 1812, qui décide que des créanciers peuvent faire rejeter de l'ordre celui qui n'a pour titre qu'un jugement par défaut non exécuté dans les six mois, attendu que ce jugement étant comme non avenu faute d'exécution dans ce délai, aux termes de l'art. 156, il n'y avait ni titre ni hypothèque, et que le défaut d'hypothèque pouvait être proposé par les autres créanciers.

Il importe de remarquer, sur cette question, que le créancier dont on contestait la collocation, produisait une déclaration du débiteur de reconnaître pour exécuté le jugement rendu contre lui, et soutenait, en conséquence, qu'au moyen de cette déclaration, le vœu de l'art. 156 se trouvait rempli.

Si donc on s'arrêtait à ce simple énoncé de l'arrêt et de cette circonstance dans laquelle il a été rendu, on serait porté à le considérer comme absolument opposé à celui de la Cour de Caen, cité sur la précédente question.

Mais on ne doit pas perdre de vue que la déclaration sur laquelle le créancier contesté s'appuyait, n'avait été donnée qu'après la naissance de la contestation des autres créanciers parties dans l'ordre.

Tel fut, sans doute, le motif pour lequel la Cour de Paris n'eut aucun égard à cette pièce, et déclara qu'elle était suspecte, et ne pouvait mériter aucune confiance.

Cette circonstance nous semble justifier sa décision, sans néanmoins contredire la doctrine que nous venons de professer (V. *la note ci-contre*), et qui, comme l'arrêt de Caen, suppose une déclaration antérieure à la contestation. En effet, lorsqu'un débiteur, après une contestation élevée par ses créanciers, intervient, pour ainsi dire, afin de détruire l'effet de l'exception qu'ils proposent, à une époque où lui-même eût été en droit de l'opposer dans son intérêt personnel, il est plus que probable que ce débiteur agit en fraude de ses créanciers. Il serait, d'ailleurs, injuste qu'il dépendît ainsi de lui de les empêcher de profiter d'un moyen qu'ils ont déjà présenté, et aux résultats duquel ils ont un droit acquis.

Vainement, pour faire prévaloir l'arrêt de Paris sur notre opinion et la décision de Caen, tenterait-on d'argumenter de la disposition de l'art. 1328 du Cod. civ., puisque cet article ne serait nullement applicable, comme nous l'avons établi dans la note qui précède, au cas où des créanciers exercent les droits de leur débiteur.

---

droits, ne peuvent pas l'invoquer davantage.

Non seulement la péremption introduite par l'art. 156 n'est pas, comme les prescriptions ordinaires, fondée sur une présomption de libération; mais le serait-elle, la prétention des créanciers ne sera pas mieux fondée; car il est de jurisprudence constante que la renonciation, même sous seing privé, que le débiteur a faite à la prescription, lie ses créanciers comme lui-même, parce qu'il est toujours permis de renoncer à un droit personnel.

Les créanciers ne sont pas d'ailleurs des *tiers*, dans le sens de l'art. 1328 du C. civ.; ils ne font qu'une seule et même personne avec le débiteur, et par conséquent ils ne peuvent être soumis à se prévaloir d'une exception que leur débiteur s'est rendu non recevable à opposer.

[*V.* notre opinion sur cette question et l'exposé de la jurisprudence au n° suivant.]

Ainsi donc la déclaration du débiteur de tenir le jugement pour exécuté ne liera point les créanciers, lorsqu'elle sera donnée postérieurement à la contestation sous le cours de laquelle on l'opposerait; elle les lierait, au contraire, si elle était antérieure à cette contestation, à moins toutefois qu'il n'existât des preuves de connivence, de dol et de fraude; circonstances dans lesquelles la rigueur des principes doit toujours fléchir.

[[Sur les principes concernant les acquiescements à un jugement par défaut, sur la force de cet acquiescement, eu égard à l'époque où elle a eu lieu, relativement aux tiers, notre tâche doit se borner à constater l'état de la jurisprudence dont les solutions consacrent complètement notre opinion. En 1827, en rapportant dans le *Journal des Avoués* un des nombreux arrêts que nous allons indiquer, nous posions quelques principes en ces termes : « Le jugement par défaut qui n'est pas exécuté dans les six mois, étant nul de plein droit, l'acquiescement donné postérieurement doit plutôt être considéré comme un nouvel acte consenti par un débiteur à son créancier; car s'il fait revivre une obligation éteinte, il ne doit alors, à l'égard des tiers, prendre rang qu'à sa date et non à la date de l'acte dont il devient la reconnaissance. S'il en était autrement, à quelle fraude un débiteur de mauvaise foi ne pourrait-il pas se livrer! Il emprunterait, en disant que l'inscription prise en vertu du jugement périmé faute d'exécution, est nulle et caduque; et postérieurement par un concert frauduleux avec celui qui aurait obtenu le paiement, il acquiescerait par acte authentique et frustrerait ainsi tous ses légitimes créanciers.» *Nous persistons*

M. BONCENNE, t. 3, p.59 et suiv., pose en principe que si l'acquiescement du débiteur a une date certaine avant l'expiration des six mois, il suffit pour dispenser de toute exécution. Cette proposition est incontestable, et personne n'a jamais songé à la combattre; mais le savant professeur en tire cette conséquence, que si la déclaration du débiteur n'a point, dans ce délai, acquis la certitude légale de sa date, le jugement est censé périmé à l'égard des créanciers de la partie condamnée, sans s'occuper des questions incidentes, à savoir si l'acquiescement, quoique postérieur aux six mois, ayant acquis date certaine avant toute autre créance, peut être opposé aux créanciers, si la nullité est tellement d'ordre public que le condamné n'ait pas pu acquiescer valablement, etc. Ici l'opinion de M. Boncenne nous paraît trop absolue, et nous serions porté à croire qu'il n'a pas voulu aller aussi loin que paraît l'indiquer son texte. Revenons à la jurisprudence qui a reçu également l'assentiment de M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1er, p. 297.

1° Il semble résulter d'un arrêt de Limoges du 2 avril 1835 (*J. Av.*, t. 52, p. 295), que l'acquiescement après les six mois ne doit avoir aucun effet même contre la partie condamnée; dans l'espèce c'était un tuteur qui avait acquiescé sans autorisation pour un objet immobilier, et l'acquiescement était nul sans qu'il fût nécessaire de s'occuper de l'application de l'art. 156. Mais il a été jugé par deux arrêts (*J. Av.*, t. 42, p. 58 et t. 51, p. 546), le premier de la Cour de Toulouse du 28 janvier 1831, et le second de la Cour de Nancy du 16 février 1831), que la péremption prononcée par cet article n'était pas d'ordre public et ne pouvait jamais être opposée par la partie condamnée, qui avait acquiescé même après l'expiration des six mois. Cependant la Cour de Bourges a décidé avec raison, le 24 avril 1830 (*J. Av*, t., 39, p. 75), qu'un acquiescement ne pouvait pas résulter d'un à-compte écrit sur la grosse de la main du créancier.

2° Par application du même principe, la Cour de Limoges, par arrêt du 21 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 246), et la Cour de Lyon, par arrêts des 13 juillet 1821 et 4 décembre 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 348), ont décidé que les créanciers postérieurs à la date certaine de l'acquiescement, ne peuvent pas opposer la péremption du jugement.

3° Il a été décidé, par un arrêt de la Cour de Caen, du 26 avril 1814 (*J. Av.*, t. 15, p. 385), qu'un acquiescement sous seing privé, non enregistré au bas de la grosse d'un jugement par défaut, pouvait être opposé à tous les créanciers antérieurs ou postérieurs, par un arrêt de la Cour de Paris, du 7 juin 1834, qu'en raison des circonstances nombreuses de la cause, un acquiescement sous seing privé pouvait être opposé aux autres créanciers (*J. Av.*, t. 48, p. 59); d'un autre côté, le 7 juillet 1812, la Cour de Paris a admis en principe général les droits des créanciers (*J. Av.*, *t.* 15, *p.* 371); un arrêt de la Cour de Grenoble, du 6 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 156), a donné la préférence à un acquéreur sur le vendeur de son vendeur qui appuyait ses prétentions d'un jugement par défaut et d'un acquiescement sans date; un arrêt de la Cour de Liége, du 16 juin 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 354), a fait l'application de cette doctrine à un tiers détenteur; enfin, de nombreux arrêts ont établi d'une manière qui paraît maintenant certaine que tout créancier inscrit postérieurement au jugement et à la date de l'acquiescement, mais antérieurement au jour où cette date est devenue certaine, a droit et qualité pour obtenir l'antériorité sur le créancier porteur du jugement par défaut. Voyez les arrêts de la Cour de Caen (cour qui avait rendu l'arrêt de 1814), des 17 mars 1817 et 21 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 57), de la Cour de Metz, du 26 mai 1812 (t. 15, p. 415), de la Cour de cassation, du 11 novembre 1817 (t. 15, p. 408); de la Cour de Grenoble, des 22 juin 1818 et 9 juillet 1819 (t. 15, p. 412 et 416); de la Cour de Bourges, des 7 février 1822 et 30 juin 1829 (t. 24, p. 43 et t. 38, p. 333); de la Cour d'Agen, du 20 juillet 1827 (t. 35, p. 169).]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 183 et s.

ART. 157. Si le jugement est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué.

T. 89. — [Comm. du Tarif, t. Ier, p. 230, n° 25.] — Ordonn. de 1667, tit. 35, art. 3. — C. de pr., art. 113, 155, 159, 165, 436, 440, 443, 809. — C. de com., art. 643. — [Notre Dict. général de Proc., v° *Jugement par défaut*, n°s 90, 99, 102 à 105, 120, 121, 124, 130, 132, 135, 137, 141 *bis*, 205, 207 à 210, 212, 214, 215, 219, 220, 223, 314 et 416. — Devilleneuve, v° *Jugement par défaut*, n°s 9 9 *bis*, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 20, 98 *bis*, 99, 101, 103, 105, 106, 107, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 136 *bis* — Arm. Dalloz, v° *Acquiescement*, n° 51; *Appel civil*, n°s 242, 373, 386, 391 et s., 395 et s.; *Avoué*, n° 34; *Délai*, n° 44; *Domaine de l'Etat*, n° 110, *Exécution des jugements et actes*, n° 151; *Exploit*, n°s 69, 677; *Faillite*, n° 156; *Frais et dépens*, n°s 235, 302; *Jour férié*, n° 53; *Jugement par défaut*, n°s 258 et s., 265, 271 et s., 303 et s., 361; *Ordre*, n° 367 et s.; *Tutelle*, n° 539. — QUESTIONS TRAITÉES. Lorsque la huitaine accordée pour former opposition expire un jour férié, peut-on la faire le lendemain? *Q.* 651 *bis*. — Le délai de huitaine accordé par l'art. 157 est-il franc ou sujet à l'augmentation à raison des distances? *Q.* 652. — La fin de non-recevoir résultant de ce qu'une opposition aurait été formée après le délai, se couvre-t-elle par la procédure volontaire de la partie qui aurait eu intérêt à l'opposer? *Q.* 653. — La signification du jugement par défaut rendu contre une partie ayant avoué, ne doit-elle être faite que par les huissiers audienciers du tribunal qui a rendu ce jugement, et où conséquemment l'opposition doit être portée? *Q.* 654. — L'opposition du tiers sera-t-elle encore recevable à l'égard de celle des deux parties qui n'aurait pas fait signifier le jugement, après la huitaine de la signification faite par l'une des deux parties? Q. 655. — L'opposition formée par un garant condamné empêcherait-elle le jugement d'avoir la force de chose jugée entre le garanti et le demandeur principal? *Q.* 656. — Si la copie de l'exploit contenant la requête d'opposition ne portait pas de date, l'opposition pourrait-elle être présumée avoir été faite après le délai, quoique l'original lût daté et enregistré dans le délai? *Q.* 657. — Est-il des cas où le délai de l'opposition puisse être suspendu? *Q.* 658. — Est-il des jugemens par défaut qui ne soient pas susceptibles d'opposition? *Q.* 659. — Admet-on encore l'opposition aux jugemens rendus sur requête ou demande d'une seule partie, sans qu'une autre ait été appelée? *Q.* 660. — L'opposition a-t-elle l'effet de neutraliser tellement le jugement qu'il ne puisse plus être exécuté que par nouvelle décision du juge? Quelles sont les conséquences de l'opposition? *Q.* 661. (1)

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'art. 157 ne s'applique qu'au cas où l'avoué qui reçoit la signification a été constitué avant le jugement, et non pas lorsqu'il ne l'aurait été qu'après le jugement, mais

CXVII. La loi accorde pour le délai de l'opposition un délai de huitaine, à compter du *jour de la signification du jugement à l'avoué*, parce que la partie défaillante ayant constitué avoué, il y a présomption légale que l'assignation lui a été remise. Ce délai expiré sans que cette partie ait formé opposition, elle peut se pourvoir par appel, si le jugement a été rendu en premier ressort; mais s'il a été rendu en dernier ressort, ou en second degré de juridiction, il ne reste contre le jugement que la voie de la requête civile, ou le pourvoi en cassation. C'est une conséquence nécessaire des art. 157 et 443 combinés. [[On peut voir dans M. BONCENNE, t. 3, p. 130 et 131, l'exposé des motifs des deux art. 157 et 158.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 241, 242

[[**651** bis. *Lorsque la huitaine accordée pour former opposition, expire un jour férié, peut-on la faire le lendemain?*

Cette question offre les plus sérieuses difficultés; la doctrine, la jurisprudence, sont divisées. Les principes qu'il est utile de bien déterminer, dominent non-seulement ce point spécial des jugements par défaut, mais encore tous les articles de nos lois civiles, commerciales et criminelles, qui accordent un délai de rigueur pour faire un acte, pour user d'un droit. Sous ce point de vue, l'examen de la question posée revêt un intérêt autrement grave: que décidera-t-on, pour nous renfermer dans notre spécialité, en matière d'*enquête*, d'*opposition*, de *déclaration de command*, d'*appel*, de *surenchère*, etc?

En général, les auteurs et les arrêts refusent toute augmentation de délai, lorsque le nombre de jours accordé par la loi est de deux, ou d'une quotité plus élevée. Mais aussi, une jurisprudence constante et assez récente permet

---

avant la signification. (Caen, 3 mai 1813, *S.*, t. 14, 2e part., p. 436, et *J. Av.*, t. 15, p. 379.)

2° On ne peut former opposition à l'arrêt par défaut qui change le jour indiqué pour la prestation d'un serment, ni à celui qui donne acte de cette prestation. — *Cass.* 7 fév. 1831. (*S.* 1831, 1re part. p. 104.)

3° L'arrêt qui déclare une partie déchue de la faculté de prêter serment, faute par elle de se présenter au jour indiqué pour le faire, est un arrêt par défaut susceptible d'opposition. Amiens, 12 août 1826. (*J. Av.* t. 35, p. 129).

4° Lorsque sur l'opposition par eux formée au mariage de leurs enfants, des ascendants ont laissé rendre jugement par défaut contre eux, ils peuvent former opposition à ce jugement. Amiens, 10 mai 1821; Nancy, 30 juin 1826. (*J. Av.*, t. 23, p. 177, et t. 31, p. 169.)

5° On ne peut renvoyer une partie à se pourvoir par opposition contre un jugement rendu par défaut à son égard, lorsque ce jugement se trouve déjà attaqué par la voie d'appel, par la partie à l'égard de laquelle il a été rendu contradictoirement. (Lim. 1er fév. 1812. (*J. Av.*, t. 15 p. 366.)

6° Un mari ne peut pas se pourvoir par opposition contre un jugement, parce que ce jugement aurait mal à propos condamné sa femme non autorisée; il doit autoriser sa femme et la faire agir. (Paris, 5 av. 1827, *Gazette des Tribunaux* du 6 av. 1827, n° 484.)

7° L'opposition à l'exécution d'un arrêt par défaut pour péremption de six mois doit être porté devant le tribunal de première instance. Gren. 29 déc. 1815. (*J. Av.*, t. 15, p. 396, n° 138.)

8° Le tribunal de commerce qui a déclaré un négociant en faillite par un jugement par défaut est seul compétent pour statuer sur l'opposition formée à ce jugement quoiqu'elle soit fondée sur ce que le débiteur aurait été relevé de son état de faillite, dans un traité passé entre lui et ses créanciers. *Cass.* 6 déc. 1831. (*J. Av.* t. 42, p. 259.)

9° L'opposition formée à un arrêt par défaut d'une cour d'assises après la clôture de la session, peut être portée devant les juges de la session suivante. *Cass.* 19 av. 1817. Poitiers 7 août 1828, *Cass.* 24 juin 1824. (*J. Av.*, t. 15p. 403, t. 35 p. 292 et *S.* t. 26, 1re part. p. 140.) C'est l'opinion de M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, *p.* 358.

Nous avons traité q. 544 ter. la question de savoir si une opposition faite avec la seule intention d'entraver l'exécution du jugement par défaut, pouvait entraîner une condamnation à des dommages-intérêts.]

à celui qui n'a qu'un jour pour délai de grace. d'agir le surlendemain, si ce jour unique est férié.

Nous croyons devoir d'abord transcrire les divers passages de M. *Carré*, c'est un devoir pour nous, puisqu'avant tout, en ouvrant les lois de la procédure, c'est son opinion qu'on recherche.

« Q. 92. — *Si le dernier jour du délai de l'opposition était un jour de fête légale, l'opposition serait-elle valablement formée le lendemain (en matière de justice de paix)?*

« Nous reconnaissons qu'en général les jours de dimanches et fêtes légales comptent dans le calcul des délais (*arg.* de l'ordonn. de 1667, tit. 3, art. 6); mais comme l'art. 1037 défend de faire aucune signification un jour de fête légale, nous ne croyons pas qu'un tel jour puisse être compté dans le délai de l'opposition.

« Ainsi, la signification d'un jugement par défaut ayant été faite un vendredi, l'opposition serait valablement formée le mardi suivant. Nous appuyons, au reste, cette opinion de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, cité sur l'art. 711.

« N° 2 de la jurisprudence de l'art. 157, notre auteur disait, sans y ajouter aucune observation critique: « La circonstance que le dernier jour de la huitaine serait un jour férié, ne pourrait être prise en considération pour relever l'opposant de la déchéance, par le motif que les art. 63 et 1037 permettent de notifier un jour férié, avec l'autorisation du magistrat (arrêt de Rennes du 18 juin 1817).—Cet arrêt, quoique diamétralement opposé à un autre arrêt de la Cour de Nancy du 23 juillet 1812, est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt du 6 juillet 1812).

« Q. 2378.—En matière de surenchère... (Art. 710.)

« Quant aux jours fériés, ils ne sont pas comptés dans ce délai; ainsi nulle distinction n'est à faire entre le cas où le jour férié sera, par exemple, un des sept premiers jours de la huitaine, et celui où il se trouverait le dernier; ne pas le compter dans ce dernier cas, ce serait ajouter un neuvième jour au délai, établir une distinction que la loi n'a point faite, commettre un excès de pouvoir, et une contravention expresse à l'art. 710. (Arr. cass. 27 février 1821.)

« Q. 2381.—*En la même matière* (art. 711).—Une surenchère faite la veille d'une fête légale serait valablement dénoncée après les 24 heures, parce que d'après les art. 63 et 1037 aucune signification ne peut être faite un jour de fête légale, d'où suit, par exemple, que celui qui surenchérit au greffe un samedi, ne fait que se conformer au droit commun en remettant au lundi la dénonciation de la surenchère. (*V.* arrêt Cass. du 28 novembre 1809.)

« Q. 3424. (art. 1037.)— *Les dispositions de l'art.* 1037 *s'appliquent-elles à tous les actes de la jurisprudence contentieuse; et, en cas d'affirmative, la confection de l'acte peut-elle être remise au lendemain du jour férié auquel expirerait le délai?*

«« M. Thomine, dans une consultation du mois de mars 1812, a traité cette question à l'occasion de celle de savoir si une enquête devait être déclarée nulle pour n'avoir été commencée que le neuvième jour après signification du jugement d'admission de la preuve, ou si, au contraire, elle avait été valablement commencée le neuvième, vu que le huitième était un jour de fête.

«« Cet article, dit-il, rappelle l'ordonnance du 5 novembre 1651, et les titres du Code et du Digeste *de feriis et dilationibus et diversis temporibus*, qui ordonnaient de remettre au lendemain tout ce qu'on pouvait se dispenser de faire les jours de fête.

«« Inutilement se présenterait-on devant un juge un jour de dimanche, pour faire une enquête ou tout autre acte; il renverrait au lendemain.

«« Or, la conséquence de ce que le juge ne peut pas agir le dimanche, est

que l'on peut faire le lendemain ce qu'on devait faire le dernier jour du délai, et non qu'on soit obligé de commencer la veille de la fête, ou même la surveille, si la veille eût été aussi un jour de fête

«« Ces jours opèrent maintenant la prorogation du délai au lieu de l'abréger; c'est ce que nous dit le simple bon sens; ce qui ne peut se faire le jour de la fête doit être remis au lendemain; c'est aussi ce qu'enseignent les titres du Digeste *de feriis et dilationibus*; c'est ce qué nous apprend Perès, sur le Code, en donnant la définition des jours fériés.

«« Suivant l'esprit de ces lois et l'explication de l'auteur, tous les actes judiciaires qui seraient à faire le dimanche ou autres jours de fête, hors le cas d'urgente nécessité, sont remis de plein droit au lendemain: *Feriæ dilationes sunt, quas jus indulget.*

«« Si une dette devient exigible ce jour-là, il faut attendre au lendemain pour la demander: *Omnium publicorum privatorumque debitorum differebatur exactio.* —(*Loi* 7, *in fine*, *Code de feriis.*)

«« Si c'est un jour férié légal, le protêt est fait le jour suivant. — (Code de comm., art. 163.)

«« En fait de procédure (*ordonn.*, tit. 3, art. 7.), tous les jours sont continus et utiles pour les assignations, même les dimanches, fêtes solennelles et autres.

«« Mais, dit Bornier, si le jour de l'échéance est dimanche ou fête, il doit être remis *au jour ouvrable* suivant; les jours intermédiaires sont seuls continus.

«« Jousse enseigne la même doctrine: si le délai de l'assignation échet l'un de ces jours, la cause est remise de plein droit au lendemain ou au plus prochain jour plaidoyable.

«« D'après ces autorités, il ne paraîtrait pas douteux que le délai d'opposition ou tout autre délai de procédure qui écherrait un jour de fête dût être remis de plein droit au lendemain; c'est une règle de droit commun, applicable à tout délai qui se compte par jour. Application faite à la surenchère par arrêt du 28 novembre 1809. Il ne faut pas confondre les délais par jour et ceux par an ou par mois; si, en fait de prescription, les jours de fête ne prorogent pas, c'est que le délai est assez long; encore peut-on agir un jour de fête par permission du juge.»»

« Cependant la Cour de cassation a rejeté cette doctrine, en déclarant, par l'arrêt du 7 mars 1814 (*S.* t. 14, 1re part. p. 121, et *J. Av.* t. 11, p. 130), que les jours de fêtes légales ne suspendent point le délai pour faire enquête. On doit donc conclure que l'article 1037 doit être restreint aux significations et exécutions; et par conséquent, on agira prudemment en demandant une prorogation de délai, dans tous les cas où l'on voudrait attendre au dernier jour(1). Quoi qu'il en soit, l'arrêt rendu en matière de surenchère et les raisons développées par M. Thomine, et que la Cour de Caen avait adoptées, nous semblent justifier pleinement la solution affirmative de la question que nous avons posée (2).»

---

(1) « Il y a certains actes que le code lui-même permet de faire les jours de fête; par exemple, on peut procéder les dimanches aux ventes après saisie-exécution et brandon, et apposer les affiches de ventes judiciaires d'immeubles. (Art. 617, 632, 961.)»

(Note de M. Carré.)

(2) « On remarquera que la Cour de cassation n'a cassé l'arrêt de Caen que par la seule considération qu'il avait ajouté un jour au délai fixé par la loi; mais qu'elle ne décide pas que le juge commis à une enquête puisse procéder un jour férié. Elle a au contraire jugé par arrêt du 13 juin 1815 (*S.* t. 15, 1re part. p. 375.) que lorsque les juges négligent l'observation des jours fériés et vacances, ils prononcent irrégulièrement.

« La prudence conseille donc, comme nous l'avons dit ci-dessus, de ne pas attendre le dernier jour, mais de procéder auparavant, ou du moins d'obtenir permission pour procéder le dernier jour, s'il est férié. »

Note de M. Carré.)

il serait difficile de concilier ces diverses opinions de M. Carré, qui révèlent tout ce qu'il y a d'embarrassant dans la solution de la question que nous examinons.

M. THOMINE-DESMAZURES a renvoyé, des diverses parties de son ouvrage, à l'art. 1037, où il transcrit le passage de sa consultation rapporté par M. CARRÉ, et il ajoute, t. 2, p. 706 : « Est-ce donc l'intention de cet article qui n'autorise « le juge à permettre de faire une signification le jour de fête légale que *lorsqu'il « y aurait péril dans la demeure ?* Quel péril peut voir le magistrat à ne pas com- « mencer l'enquête le dimanche et à remettre au lendemain ? Est-ce le péril pour « la partie d'encourir la déchéance ? Mais le même péril existe pour une suren- « chère, pour un protêt, et ils sont remis au lendemain ; ce n'est pas de ce « péril que l'article entend parler ; ce péril n'existe point suivant les principes « et les lois ; ils déclarent que celui qui ne peut agir n'encourt point la dé- « chéance ; c'est l'arrêt seul qui, contrairement aux lois et aux principes, sup- « pose le péril de cette déchéance, et qui même n'y remédie point en autorisant « de recourir au juge ; car, peut-on forcer le juge et le greffier à rester chez eux « le jour de la fête, peut-être le jour de Pâques, pour attendre les avoués, aller « ouvrir le greffe et dresser scandaleusement le procès-verbal de l'ouverture « de l'enquête ? Et si on ne trouve point le juge ou le greffier, quel sera le « moyen de constater leur absence ? (1) »

Les rédacteurs du *Journal de l'enregistrement*, recueil quasi-officiel, se sont prononcés pour la validité d'une déclaration de command faite par un avoué le quatrième jour.

« Nous nous fondons, ont-ils dit, 1° Sur un arrêt du 4 août 1808 de la Cour royale de Paris, contre lequel les parties se sont pourvues, mais dont le pourvoi a été rejeté par un arrêt de la Cour de cass. du 28 nov. 1809.

« Il résulte de cet arrêt, que le délai de surenchère accordé par l'art. 711 du Cod. de pr. ne court pas le dimanche, et qu'ainsi l'adjudication étant faite le samedi, la surenchère qui a lieu le lundi suivant est valable, et nous pensons que cette décision peut s'appliquer à la déclaration d'adjudication faite par l'avoué

« 2° Sur l'art. 162 Cod. comm., et sur un avis du conseil d'état, du 13 mars 1830, approuvé le 20, d'après lequel un effet de commerce échu la veille d'une fête conservée, doit être protesté le lendemain de la fête.

« 3° Et quant à l'enregistrement sur la 2e part. de l'art. 25 de la loi du 22 frim. an 7, d'après lequel, lorsque le délai expire un jour de fête légale, ce jour n'est point compté. Cette exception, quoique relative au délai pour l'enregistrement des actes et déclarations, peut par assimilation s'appliquer aux déclarations d'adjudication et de command qui font l'objet de la question. » *(J. tr.*, t. 27, p. 275.*)*

Le 21 avril 1835, une délibération de la Régie a ordonné l'exécution d'un jugement qui validait une déclaration de command faite le lendemain d'un jour férié. (*Contrôleur de l'enregistrement*, t. 17, p. 15, n° 4208.)

MM. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, auteurs du *Traité des droits d'enregistrement*, ont effleuré la difficulté dans leur savant ouvrage, mais ils ne l'ont pas approfondie (t. 3, p. 202, n° 1998). Ils n'ont pas fait la distinction essentielle entre les délais de vingt-quatre heures ou les délais de trois jours absorbés par des jours fériés, et les délais dans lesquels se trouve un jour férié. Ils ont alors

---

(1) On pourrait répondre que l'art. 1040 permet au juge en cas d'urgence de faire même sans l'assistance du greffier, en sa demeure, tous actes et procès-verbaux de son ministère. Nous avons consacré quelques pages, dans notre *J. Av.*, t. 42 p. 222 et suiv. à réfuter cette opinion du savant professeur de procédure de Caen, dans une espèce relative à une enquête. Nous y renvoyons.

combattu l'arrêt de la Cour de cass., du 1er déc. 1830, qui a jugé une question dont ils n'ont rien dit.

M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 2, p. 339, cite l'arrêt de la Cour de Paris du 4 août 1808, et déclare préférer l'opinion du premier juge qui avait annulé une surenchère faite un samedi, en vertu de l'art. 711, et notifiée seulement le lundi.

MM. DANIELS et MERLIN, tous deux jurisconsultes si éminemment éclairés, ont été divisés d'opinion; ce dernier auteur a rapporté dans son *Répertoire*, v° *Délai*, sect. 1re, § 3, n° 5, le réquisitoire du premier, en disant : CHOSE ÉTONNANTE! *M. Daniels conclut au rejet; voici ses raisons avec des notes sur chacune.* Il faut lire ces raisons et ces notes pour avoir une idée exacte de cette brillante discussion, où tout a été dit. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une surenchère faite le samedi et dénoncée le lundi. M. *Daniels* fit juger qu'elle était valable, et M. MERLIN a soutenu qu'elle était nulle.

M. COFFINIÈRES, en rapportant (*J. Av., anc. édit.*, t. 3, p. 158) l'arrêt du 18 fév. 1811, a développé la même opinion que M. THOMINE-DESMAZURES; il s'est fondé principalement sur ce qu'on doit présumer que le législateur n'a accordé qu'un laps de temps rigoureusement nécessaire, et que si la partie ne peut profiter du dernier jour, l'équité doit faire fléchir la rigueur de la loi.

La jurisprudence a eu à examiner deux hypothèses, la première, celle des délais d'un seul jour étant fête légale, la seconde, celle de tout autre délai plus long dont le dernier jour était également une fête légale.

Dans la première hypothèse, il a été unanimement décidé que l'acte fait le lendemain du jour férié était valable; Paris, 4 août 1808, Cass., 28 nov. 1809, Douai, 6 avril 1819, Cour de cass. de Belgique, 12 fév. 1833, et Cass., 15 nov. 1837. (*J. Av.*, t. 21, p. 371, t. 46, p. 49 et t. 53, p. 700.) Ces décisions ont pour base, la nécessité d'accorder un jour utile, et de restreindre les déchéances, l'impuissance de notifier un jour de fête légale, dans un jour où les fonctionnaires se livrent au repos et où les bureaux de l'enregistrement sont légalement fermés, l'esprit de la législation résultant de l'art 162 du Cod. de comm. et de l'art. 25 de la loi de frim. an 7.

Ces diverses raisons, il faut le reconnaître, pourraient toutes s'appliquer au dernier jour d'un délai plus long, si l'on s'attachait exclusivement au motif qui paraît avoir déterminé M. Coffinières, à savoir que le législateur est toujours supposé n'avoir accordé que le laps de temps rigoureusement nécessaire.

Dans la seconde hypothèse, deux arrêts seulement ont décidé que le dernier jour ne devait pas compter s'il était une fête légale; ils ont été rendus, l'un le 18 fév. 1811 par la Cour de Montpellier, l'autre le 23 juill. 1812 par la Cour de Nancy. (*J. Av.*, t. 15, p. 370 et t. 20, p. 300.)

Quinze autres arrêts, au contraire, ont compté le jour férié comme un jour utile, en s'appuyant sur les art. 63 et 1037 qui permettent d'obtenir la permission de faire l'acte le jour d'une fête légale. Voici les diverses matières sur lesquelles cette jurisprudence a été établie.

JUSTICE DE PAIX.—3 *jours*.—Cass., 26 mai 1830. (*J. Av.*, t. 39, p. 195.)

DÉCLARATION DE COMMAND PAR AVOUÉS.—3 *jours*.—Cass., 1er déc. 1830. (*J. Av.*, t. 40, p. 65.)

JUGEMENT PAR DÉFAUT, OPPOSITION.—8 *jours*.—Bruxelles, 13 mars 1812, et 4 mars 1830, Rennes, 19 juin 1817, Cass., 6 juill. 1812, et Nancy, 18 janv. 1833. (*J. Av.*, t. 15, p. 282, 8e espèce, p. 370, t. 40, p. 303, t. 46, p. 51.)

ENQUÊTE.—8 *jours*.—Cass., 7 mars 1814. (*J. Av.*, t. 11, p. 130.)

SAISIE-ARRÊT.—8 *jours*.—Toulouse, 22 mars 1827. (*J. Av.*, t. 34, p. 34.)

SURENCHÈRE DU QUART.—8 *jours*.—Rouen, 14 janv. 1815, et cass., 27 fév. 1821. (*J. Av.*, t. 21, p. 434, et t. 23, p. 62.)

APPEL.—3 *mois*.—Riom, 8 janv. 1824. (*J. Av.*, t. 13, p. 288.)

PARTAGE.—*Délai fixé.*—Rennes, 18 mars 1826. (*J. Av.*, t. 34, p. 341.)

RÉMÉRÉ.—*Délai convenu.*—Cass., 7 mars 1834. (*J. Av.*, t. 46, p. 318.)

Quant à nous, voici notre opinion : si la loi était à refaire, elle devrait accorder un jour de plus, lorsque le dernier serait un jour férié, et dans les délais de trois jours, de huitaine, ou même de quinzaine, retrancher les jours fériés de la supputation des jours accordés ; mais la loi, telle qu'elle existe, ne contient qu'une règle générale et quelques exceptions qui viennent la confirmer. Elle accorde des délais ; elle explique la nature de ces délais dans l'art. 1033 du Cod. de proc. dans les lois spéciales, elle pose des exceptions formelles ; (art. 162 C. comm., 25 de la loi du 22 frim. an 7). Il est impossible de créer une exception, ainsi il nous paraît hors de doute que dans tous les cas où la loi accorde un délai qui n'est pas absorbé par des jours fériés, aucune augmentation ne doit avoir lieu.

Mais il en est autrement, lorsque le délai n'est que d'un jour ou de trois jours, et que ce jour ou ces trois jours sont des fêtes légales. Dans ce cas, à la loi qui exige, on oppose la loi qui défend. Aucun acte de procédure ne doit être fait le dimanche : cette disposition de la loi révèle de la part du législateur des idées religieuses et morales. C'est une disposition qui ne doit céder qu'à un péril certain, provenant d'un fait, mais non d'une prescription de la loi, car il serait absurde de supposer que la loi eût elle-même exigé ce qu'elle savait être immoral.

Ainsi donc, dans ce cas, il y a force majeure. La force majeure est de deux espèces : celle qui naît du fait et celle qui prend sa source dans une défense de la loi. Les suspensions de prescriptions nous offrent de nombreux exemples de cette force majeure légale ; lorsque la loi ordonne de déclarer command dans le délai de vingt-quatre heures, à la première heure, la prescription du droit commence à courir, à moins qu'elle ne soit suspendue par la volonté même de celui qui ordonnait. Et comme la même loi défend d'agir le jour de la fête légale, l'axiome, *contrà non valentem* est applicable, et nécessairement les vingt-quatre heures ne commencent à courir qu'à l'expiration de la fête légale (1).

Lorsque dans l'art. 1037, le Code de procédure a parlé du péril en la demeure, c'est comme la loi sur les fêtes et dimanches, ou les lois canoniques qui ont toujours permis les travaux de la campagne, même les jours des fêtes les plus solennelles, lorsque l'incertitude du temps faisait craindre la perte d'une récolte. (Art. 10 de la loi du 17 thermidor, an 6.) Il y a *péril en la demeure*, si le débiteur est prêt à quitter le pays, si le nouvel œuvre peut être achevé dans quelques heures, etc., etc. Allons plus loin encore, et concédons qu'il y aura *péril en la demeure*, si le dernier jour d'un délai se trouvait un jour férié ; on ne peut plus user de toute la latitude de la loi. Ces motifs seront alors pris dans la plus grande extension qu'il soit permis de leur donner ; mais ils ne devront jamais s'appliquer au cas où la loi défend d'agir le seul jour où elle l'a ordonné.

Quoi qu'il en soit, nous devons reconnaître que notre avis serait fatal à ceux qui le suivraient, si la jurisprudence ne l'adoptait pas ; aussi conseillons-nous aux parties qui se trouveront dans cette position spéciale de présenter requête au président ou au juge qui le remplacera, pour faire faire l'acte le jour de fête légale. Et si le président refuse, ce que nous ferions si nous occupions ces hautes fonctions (2), munies de l'ordonnance de refus, elles n'auront plus à redouter de déchéance.]]

---

(1) MM. Championnière et Rigaud ont insisté sur l'impossibilité physique de faire la déclaration de command le dimanche (*loco citato*)

(2) Pour tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque le délai n'est pas entièrement absorbé par des fêtes légales, le président doit, selon nous, accorder la permission.

652. *Le délai de huitaine, accordé par l'art. 157, est-il franc et sujet à l'augmentation à raison des distances?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 163, et les auteurs du *Commentaire* inséré aux *Annales du notariat*, p. 313, estiment que ce délai doit être franc, c'est-à-dire qu'il ne doit comprendre ni le jour de la signification, ni celui de l'échéance.

M. PIGEAU dit au contraire, t. 1, p. 544, que l'article se servant de ces mots, *pendant huitaine*, le jour de l'échéance est compté. Il adopte ainsi les motifs d'après lesquels nous avons décidé, sur la 90e *Question*, p. 38, que le troisième jour, à partir de la signification, était le dernier jour utile pour former opposition à un jugement rendu en opposition à un jugement rendu en justice de paix.

Mais M. Pigeau ajoute une autre raison, pour écarter l'application de l'art. 1033; c'est que cet article, en disposant que le jour de la signification ni celui de l'échéance ne seront jamais comptés, ajoute, *pour le délai général fixé pour les ajournements, les citations, sommations et autres actes faits à personne ou domicile.* Or, l'opposition dont il s'agit n'est point signifiée à la partie, à sa personne ou à son domicile, mais à l'avoué constitué par sa partie adverse.

Ces observations suffiraient pour convaincre que c'est l'opinion de M. Pigeau que l'on doit suivre; néanmoins, il faut remarquer que cet auteur ne comprend point, dans le délai de huitaine, le jour de la signification; il n'y fait entrer que celui de l'échéance. Le jugement, dit-il, est signifié le dernier de janvier; l'opposition doit être formée le 8 février au plus tard.

Cependant la Cour de cassation avait décidé, par application de l'art. 3 du tit. 35 de l'ordonnance, qui portait que la requête serait donnée *dans la huitaine du jour de la signification*, que ce jour même devait être compris dans le délai. (*V. arrêt du* 21 *niv. an* 9, S. t. 1, 1re part. p. 390. (*J. Av.* t. 15, p. 282.)

Mais cette décision n'a point été suivie depuis la publication du Code, ainsi que le prouvent plusieurs arrêts qui seront rapportés sur l'art. 344, et qui ont consacré le principe que toutes les fois que la loi, comme dans l'art. 157, se sert de l'expression *à compter du, à dater du, depuis* ou *à courir du*, le jour du départ n'est pas compris. Nous ne faisons donc aucun doute que l'opinion de M. Pigeau est à l'abri de toute critique (1).

[[*Voy.* le développement de notre opinion, sous l'art. 1033, Q. 3410.]]

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 260 et s.

653. *La fin de non-recevoir résultant de ce qu'une opposition aurait été formée après le délai, se couvre-t-elle par la procédure volontaire de la partie qui aurait eu intérêt à l'opposer?*

Il est évident que cette fin de non-recevoir ne tient point à l'ordre public. Si donc une partie néglige de conclure à ce qu'une opposition formée après les délais soit déclarée non recevable, elle ne peut la produire pour la pre-

---

(1) Par une conséquence nécessaire de ce que l'art. 1033 ne s'applique point aux actes signifiés à avoués, on doit décider, contre l'opinion des auteurs du *commentaire* précité, t. 1, p. 305, que le délai fixé par l'art. 157 n'est point susceptible de l'augmentation d'un jour par trois myriamètres, entre le lieu du domicile de la partie à laquelle le jugement est signifié, et celui où siége le tribunal où son opposition doit être portée.

Au surplus, un arrêt de la Cour de Cassation du 5 fév. 1811, a consacré et l'opinion de M. Pigeau, relative à la franchise du délai (*V. S.* t. 11, 1re part., p. 134, et J. av., t. 15 p. 282), et la conséquence que nous tirons ici de cette opinion, par rapport à l'augmentation à raison des distances.

mière fois sous l'appel, ou s'en faire un moyen de cassation. (*Arg. d'un arrêt de la Cour de cassation, du 14 mess. an 13. D. an 13, 2e* part., p. 166 et *J. Av.* t. 12, p. 442.)

[[Nos observations sur cette question ont été placées sous l'art. 173. Q. 739 *bis*.]]

654. *La signification du jugement par défaut rendu contre une partie ayant avoué, ne doit-elle être faite que par les huissiers audienciers du tribunal qui a rendu ce jugement, et où conséquemment l'opposition doit être portée?*

Non, cette signification n'est point un acte d'avoué à avoué: elle peut se faire à la requête de la partie qui a obtenu le jugement, et dès lors l'exploit peut être fait par tout autre huissier qu'un huissier audiencier, ou un huissier ordinaire attaché au tribunal qui a rendu le jugement.

Ainsi, par exemple, un huissier de première instance pourrait signifier, conformément à la seconde partie de l'art. 8 de l'arrêté du 22 thermidor an 8, l'arrêt par défaut rendu par une Cour d'appel, et cette signification ferait valablement courir le délai prescrit par l'art. 157. (*V. arrêt de la Cour de Bruxelles, du 14 août* 1810, *S.* t. 11, 2e part. p. 86 et *J. Av.* t. 14, p. 579.)

[[Cette signification est faite à la partie au domicile de son avoué; cette raison nous paraît déterminante en faveur de l'opinion de M. CARRÉ.]]

655. *Si deux parties avaient en même temps obtenu contre un tiers un jugement faute de plaider, qui eût été signifié à l'avoué de celui-ci, à la requête seulement de l'avoué d'une de ces deux parties, le délai de l'opposition courrait-il également au profit de toutes deux?*

En d'autres termes: *L'opposition du tiers sera-t-elle encore recevable, à l'égard de celle de deux parties qui n'aurait pas fait signifier le jugement, après la huitaine de la signification* faite par l'une *de ces deux parties?*

Le doute vient de ce qu'on peut dire que chaque partie n'agit que pour son intérêt, et que celle qui n'a point fait signifier le jugement ne doit pas profiter de la signification faite par l'autre partie, et qui est *res inter alios acta.*

Il est cependant des jurisconsultes qui pensent qu'il suffit que la signification ait été faite par l'une des parties, pour que le délai de l'opposition doive courir au profit de toutes celles qui seraient comprises dans le même jugement.

Ces jurisconsultes se fondent:

1° Sur ce que l'opposition doit remettre les choses au même état où elles étaient avant le jugement; ce qui deviendrait souvent impossible, si l'opposition était tardive à l'égard de l'une des parties;

2° Sur ce que ce serait occasionner inutilement une aggravation de frais, que d'obliger chaque partie à signifier le jugement de son chef;

3° Enfin, sur ce que l'art. 157, en accordant la faculté de l'opposition, en fait courir le délai, sans distinction du jour de la signification faite à l'avoué.

Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas que cette opinion doive être suivie, du moins lorsque la matière jugée n'est pas indivisible; c'est aux parties intéressées à faire exécuter le jugement, à le signifier dans leur intérêt. Jusque là, elles sont présumées avoir renoncé momentanément au bénéfice du jugement, et entendu accorder au condamné des délais pour l'exécution.

Au surplus, nous examinerons, sur l'art. 443, une question tout-à-fait ana-

logue, relativement au délai d'appel, et nous ferons, à cette occasion, plusieurs observations qui répandront un nouveau jour sur la solution que nous venons de donner, et qui décideront la question de savoir si l'opposition formée en temps utile, par l'une des parties condamnées, profite aux autres. (*V. Arrêt de Limoges, du* 20 *février* 1810, *J. Av.* t. 15, p. 342, et PIGEAU, *Commentaire* t. 1, p. 358.

[[Nous développerons notre opinion, sous l'art. 443, *Question* 1565. Nous devons aussi renvoyer à notre *Question* 645.]]

656. *L'opposition formée par un garant condamné, empêcherait-elle le jugement d'avoir la force de chose jugée, entre le garanti et le demandeur principal ?*

On avait maintenu qu'un jugement ne pouvait avoir cette autorité à l'égard du demandeur originaire contre le garanti, qu'autant qu'il n'était attaqué ni par la voie de l'opposition, ni par celle de l'appel; mais un tribunal qui prononcerait ainsi n'excéderait-il pas ses pouvoirs, en rétractant un jugement contradictoire? Toute question entre le demandeur principal et le garanti ne lui devient-elle pas étrangère, dès qu'il a été prononcé contradictoirement entre eux? L'opposition ne frappe-t-elle pas uniquement sur la disposition du jugement relative à la demande formée par le garanti contre le garant?

C'est aussi ce que la Cour de Paris a décidé, d'une manière affirmative, par arrêt du 20 novembre 1809. (*J. Av.* t. 15, p. 332.)

Mais nous ajouterons, à l'appui de cette décision, que la demande en garantie peut être formée par action principale; ce qui prouve qu'elle est, dans son essence, indépendante de la demande originaire; en sorte que, dans le cas où le tribunal en est incidemment saisi, il prononce véritablement sur deux demandes, et son jugement est nécessairement divisible.

[[Même renvoi qu'à la question précédente.]]

657. *Si la copie de l'exploit contenant la requête d'opposition ne portait point de date, l'opposition pourrait-elle être présumée avoir été faite après le délai quoique l'original fût daté et enregistré dans ce délai ?*

Cette question avait été décidée pour l'affirmative, sous l'empire de l'ordonnance, par un arrêt de la Cour de cassation du 21 floréal an 10, et depuis la publication du Code de procédure, la Cour d'appel de Bruxelles l'a résolue de la même manière, par arrêt du 30 avril 1807. (*J. Av.* t. 13, p. 31. 4me *espèce.*)

Les motifs de cette décision sont que l'art. 157 déclarant que l'opposition ne sera recevable que pendant la huitaine, à partir de la signification du jugement, il est de l'essence de l'acte d'opposition qu'il y soit fait mention du jour où il a été signifié.

Il importe peu que l'original ait été daté et enregistré dans ce délai, puisque la copie tient lieu d'original à la partie à laquelle elle est signifiée, et conséquemment la régularité de l'original ne peut empêcher que l'opposition ne soit rejetée par défaut de preuve, qu'elle ait été notifiée dans le délai légal.

[[Ces solutions ont été examinées par nous, sous la question 327.]]

658. *Est-il des cas où le délai de l'opposition puisse être suspendu ?*

Oui; et ces divers cas ont été examinés par M. PIGEAU, t. 1, p. 545 et 546. Nous renvoyons au traité de ce savant professeur ceux qui voudront connaître les raisons particulières qu'il apporte afin de prouver, sur chacun de ces cas, que le délai de l'opposition peut ou doit être suspendu, et nous nous contenterons de résoudre la question en termes généraux.

Nous dirons donc que l'art. 162 déclare, dans sa seconde disposition, que, si l'avoué qui a obtenu le jugement par défaut ne pouvait plus postuler, le délai pour réitérer l'opposition ne courrait que du jour où il y aurait une nouvelle constitution d'avoué signifiée à l'opposant.

Or, par une juste analogie, il nous semble que l'on doit affirmer la même chose du cas où l'avoué qui aurait signifié le jugement par défaut dans l'espèce de l'art. 157, serait mort, ou suspendu ou démissionnaire, avant la huitaine donnée pour l'opposition.

Il nous semble également que le délai de l'opposition est suspendu par la mort de l'une des parties, ou par décès, démission, interdiction et destitution de l'un des avoués.

Ces décisions résultent, suivant nous, des dispositions des art. 342 et suivants.

[[Telle est notre opinion; nous en développerons les conséquences à l'occasion d'une déchéance d'appel en matière d'ordre, sous l'art. 763. *Voy.* aussi notre *Question* 688 bis.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 267 et s.

659. *Est-il des jugements par défaut qui ne soient pas susceptibles d'opposition ?*

Si, en général, tout jugement par défaut, soit préparatoire, soit interlocutoire, soit définitif, est sujet à opposition, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation le 14 nivôse an 8 (*J. Av.* t. 15, p. 35), la loi a cependant prévu, et la jurisprudence a indiqué des cas d'exception.

Nous avons déjà vu sous les art. 113 et 153, que les jugements en quelque sorte contradictoires, qui sont rendus sur rapport ou après défaut-joint et réassignation, ne peuvent être attaqués par opposition.

Il en est de même, d'après l'art. 165, d'un jugement qui aurait débouté d'une opposition à un premier défaut, ou qui l'aurait déclarée nulle ou non recevable, et d'après l'art. 1016, du jugement rendu par défaut par des arbitres (1).

---

(1) Les décisions des Cours souveraines ont fait connaître d'autres exceptions; par exemple la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 21 juin 1809 (*S.* t. 10, 2e part., p. 61), avait déclaré non susceptibles d'opposition les jugements par défaut qui autoriseraient le conjoint demandeur en divorce à faire preuve des faits par lui articulés. Elle considérait que la procédure en matière de divorce était réglée par le Code civ. dont les art. 249 et 250 ne permettaient pas la voie d'opposition contre de pareils jugements. V. aussi un arrêt de la Cour d'Aix du 7 mai 1809. (*J. Av.* t. 12, p. 467.)

Ces décisions sont aujourd'hui sans objet; mais nous citerons sur l'art. 723, d'autres arrêts qui ont rejeté l'opposition en matière de saisie immobilière, et que nous ne croyons pas devoir rapporter ici, parce qu'ils donnent lieu à quelques observations qu'il conviendra mieux de placer sous les articles auxquels ils se rapportent.

[Il a été jugé :

1° Qu'en matière correctionnelle lorsque sur une demande en renvoi pour suspicion légitime le demandeur fait défaut, il n'est pas recevable à former opposition au jugement qui repousse sa demande. *Cass.* 11 sept. 1828. (D. 29. 1. 354.)

2° Que le jugement par défaut qui a déclaré valable la saisie de marchandises prohibées faites sur un inconnu, n'est pas susceptible d'opposition, et ne peut être attaqué que par appel, aux termes de l'art. 4 de la loi du 11 prairial an 7. (Arr. Cass. 3 mars 1809 et Besançon, 10 mai 1826, *J. Av.* t. 33, p. 125.)

3° Mais que les jugements rendus par défaut en matière de douanes sont susceptibles d'opposition. Cass. 23 août 1830. (*J. Av.*, t. 40, p. 76.)

4° Qu'en matière criminelle, on peut former opposition à un arrêt de cour d'assises rendu par défaut qui condamne la partie civile à des dommages-intérêts envers l'accusé arr. *cass.* 19 avril 1817. (*J. Av.* t. 15, p. 403 n° 148.)

5° Que l'avocat condamné par défaut par une Cour d'assises à une peine de discipline, est recevable à attaquer l'arrêt par voie d'opposition. Cass. 20 fév. 1823. (*J. Av.*, t. 25, p. 59.)

6° Que la loi du 10 vendémiaire an 1 ne s'oppose pas à ce qu'une commune déclarée

660. *Admet-on encore l'opposition aux jugements rendus sur requête ou demande d'une seule partie, sans qu'une autre ait été appelée ?*

L'ordonnance de 1667, tit. 35, art. 2, permettait *de se pourvoir par simple requête à fin d'opposition contre les arrêts et jugements en dernier ressort..... donnés sur requête.*

Cette disposition ne se retrouve point dans le Cod. proc. civ.; mais dit M. MERLIN (*Nouv. Répert.*, t. 8, p. 703), elle y est nécessairement sous-entendue. L'opposition aux jugements rendus sur la demande d'une seule partie étant de droit naturel, il n'est pas au pouvoir de la loi d'y déroger, dit ce savant magistrat, et, à plus forte raison, la loi n'est-elle pas censée y déroger par son silence?

Aussi le Cod. civ., art. 100, et l'art. 40 du décret du 22 juill. 1806, contenant réglement sur les affaires contentieuses du Conseil d'état, supposent-ils bien clairement la faculté d'attaquer par cette voie les jugements dont il s'agit.

M. PIGEAU pense que cette opposition n'est plus admissible, attendu l'abrogation de l'ordonnance par l'art. 1041 du Code; mais il estime que la partie lésée peut faire valoir ses droits par une simple demande et sans attaquer le jugement, lequel serait regardé à son égard comme non avenu.

C'est bien en venir aux mêmes résultats que produirait une opposition, et l'opinion de M. Pigeau ne différerait ainsi de celle de M. Merlin, qu'au sujet du nom que l'on donnerait à la demande de la partie qui se pourvoirait.

Reste à savoir si, comme il se pratiquait sous l'empire de l'ordonnance, cette opposition, que nous appelions en Bretagne *demande en rapport de jugement* ou *d'arrêt*, peut être formée en tout temps, et non pas seulement dans la huitaine.—(*V. Jousse, sur l'article précité de l'ordonnance*, t. 2, p. 369.)

C'est notre opinion, fondée non-seulement sur ce que le jugement par défaut, obtenu contre une partie qui n'a point constitué d'avoué, est *attaquable* par opposition jusqu'à l'exécution, mais encore sur le principe que tout jugement que l'on oppose à une personne qui n'a pas été appelée, peut être jusque-là, et pendant trente ans, entrepris par voie de tierce opposition. (*V. les Questions résolues sous l'art.* 474.)

Il conviendrait encore de suivre, à l'égard de la signification du jugement rendu sur requête, et comme fondé en équité, un arrêt de réglement du Parlement de Bretagne, du 2 mars 1728, qui obligeait la partie qui faisait faire cette signification à signifier en même temps la requête. Mais par induction de l'art. 1030 du Cod. de proc., on ne prononcerait pas, pour omission, la nullité de la signification, ainsi que le prescrivait cet arrêt. (*V. Recueil des arrêts du Parlement de Bretagne sur la procédure*, p. 278.)

[[Cette question présente une des difficultés les plus sérieuses du Code; nous l'avons prévue en examinant la question 378.]]

661. *L'opposition a-t-elle l'effet de* NEUTRALISER *tellement le jugement, qu'il ne puisse plus être exécuté que par la nouvelle décision du juge ?*

Non; l'opposition n'est qu'un obstacle à l'exécution du jugement par défaut si donc l'opposition est rejetée par suite d'une fin de non-recevoir, l'obstacle est levé, et le jugement attaqué reprend tout son effet par sa propre vertu

---

responsable d'un pillage, sur l'action du ministère public forme opposition au jugement qui la condamne. Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 30 av. 1836. — (Journal de cette cour 1836, 2me part. p. 473.)

Enfin la loi sur l'expropriation forcée, pour cause d'utilité publique, du 7 juill. 1833 offre dans ses art. 20 et 42 deux exemples de décisions qui, quoique par défaut ne peuvent pas être frappées d'opposition.]

C'est parce qu'un jugement qui déboute ainsi d'une fin de non-recevoir rend, par le fait, toute sa force au jugement par défaut, que l'on peut appeler de ce dernier, sans être obligé d'appeler en même temps de l'autre. (*V. arrêt de la Cour de cass., sect. des req. du 25 juin* 1811, *S.*, t. 11, 1re part., p. 141, et *J. Av.*, t. 3, p. 321, *et les Questions examinées sur l'art.* 397.) Voy. Q. 1545.

[[Cette question mérite de notre part un examen sérieux; à sa solution, se rattachent des principes applicables *à l'opposition, à la péremption* et *à l'appel.*

Quel est l'effet d'une opposition contre une décision par défaut?

Si cette opposition, régulière ou non, anéantit le jugement par défaut, il en résultera, que dans tous les cas, c'est du sort d'une instance nouvelle qu'il y aura à se préoccuper.

Si, au contraire, l'instance ne peut être replacée sur ses anciennes bases, que par une opposition régulière en la forme, ce qui nous paraît juste, toutes les fois qu'un jugement par défaut aura déclaré une opposition nulle comme tardive ou irrégulière, elle sera censée n'avoir jamais existé.

Cependant, deux difficultés assez graves surgissent dans cette position des parties :

1° L'opposition même irrégulière (quelquefois l'irrégularité peut être fort délicate et dépendre d'une solution de la jurisprudence), cette opposition a arrêté dans le demandeur toute idée de poursuite, il obtient un jugement qui annulle l'opposition; mais six mois se sont écoulés depuis qu'il avait lui-même obtenu le jugement par défaut; ce jugement sera-t-il périmé? Nous ne le pensons pas, par ce seul motif que c'est le défendeur lui-même qui l'a mis dans l'impossibilité morale de se livrer à une exécution (1).

2° Le défendeur interjette appel du jugement qui déclare l'opposition non recevable; il obtient gain de cause. Que fera la cour si elle renvoie devant un autre tribunal, et que ce second tribunal juge comme le premier, sur une nouvelle information, la Cour renverra-t-elle devant un 3e tribunal? Ou bien, en vertu de l'art. 473, évoquera-t-elle le fond?

Dans le premier cas, il y a circuit de procédures très fâcheux. Dans le second, il y aurait illégalité choquante, puisque la Cour n'est même pas saisie de l'appel du jugement qui a statué sur le fond. Ne résulte-t-il point de là que celui dont l'opposition a été déclarée non recevable en la forme, doit interjeter appel, et de ce dernier jugement et du premier qui a statué sur le fond? Nous résoudrons cette question au titre de l'appel Q. 1645.

Nous avons dit que l'opposition déclarée non recevable sera en règle générale censée n'avoir jamais existé; de ce principe découlent ces conséquences :

1° Que l'appel peut être interjeté contre le jugement par défaut, sans qu'on l'interjette contre le jugement qui rejette l'opposition comme irrégulière. (*V.* la *Question* 1645.)

2° Que si des inscriptions ont été prises, des mesures conservatoires ou d'exécution commencée, la force des unes sera incontestable, et la continuation des autres aura lieu de droit; remarquons que les art. 159 et 162 permettent même de ne pas suspendre l'exécution commencée lorsque l'opposition ne paraît pas régulière.

Que décidera-t-on pour la péremption? Ici l'embarras redouble, car l'oppo-

---

(1) [Le 22 fév. 1830, la Cour de cassation a décidé qu'un jugement par défaut n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il a été frappé d'opposition quoique cette opposition soit tardive (*J. Av.* t. 38, p. 316); quoiqu'elle eût jugé le 12 nov. 1806 que l'expropriation forcée poursuivie en vertu d'un jugement par défaut ne peut pas être suspendue par une opposition tardivement formée contre ce jugement. (*J. Av.* t. 20, p. 87.)]

sant est demandeur sur son opposition; et si le demandeur principal qui a obtenu le jugement par défaut, obtient la péremption de cette opposition, on lui opposera peut-être qu'alors le jugement par défaut lui-même est anéanti. (*V.* notre *Question* 1422.)—Et on a été jusqu'à juger que la péremption d'une procédure en opposition demandée, l'instance tout entière y compris le jugement par défaut cessait d'exister, quoique le demandeur principal soutînt que l'opposition était irrégulière ou tardive; nous ne craignons pas de dire que cette doctrine tend à une confusion de tous les principes, et devrait produire des conséquences absurdes. Il suffirait alors de justifier d'un original d'opposition signifié à tout autre qu'au demandeur, pour que plus tard la péremption de cette opposition qui n'aurait pas pu arrêter l'exécution anéantît le jugement par défaut complètement exécuté.

Non, sans doute, nous répondra-t-on, parce qu'en ce cas il n'y aura pas eu d'opposition sérieuse. Mais quelle différence peut-on donc établir entre les inobservations de la loi, qui toutes sont de nature à faire prononcer la nullité d'une procédure? Il peut y en avoir pour la responsabilité des officiers ministériels ; pour les plaideurs, il n'en existe pas.

Il nous paraît donc évident que, sur la demande en péremption de l'instance de la part du défendeur ayant formé opposition, il y aura une question préjudicielle à faire juger. Si son opposition est irrégulière, tardive, et nous ajouterons, s'il a acquiescé et que par ce motif elle soit non recevable, la péremption ne peut pas être accueillie; il en sera autrement, si elle est recevable. En un mot, l'opposant ne peut faire revivre l'instance éteinte par un jugement, que par un acte régulier d'opposition; et, avant d'être reçu demandeur en péremption de l'instance, il faut qu'il fasse juger qu'il l'a fait régulièrement revivre ; c'est une question préjudicielle.

Si cette distinction à laquelle nous avons beaucoup réfléchi n'est pas adoptée, nous ne voyons pas d'explication raisonnable des effets d'une opposition.

Qu'on nous permette de puiser au titre de la requête civile des points de comparaison; cette dernière procédure est, à la vérité, plus nette et plus tranchée, mais elle offre cependant quelques similitudes. L'art. 497 ne permet pas que la requête civile arrête l'exécution ; de même aussi, les articles 159, 161 et 162 déclarent que l'opposition irrégulière n'arrêtera pas l'exécution.

Ou la requête civile est admise, ou elle est rejetée : si elle est admise, le jugement est rétracté et les parties plaident au fond. Lorsque les juges ont à statuer sur une opposition, ils déclarent toujours recevoir l'opposition pour la forme, et ils ne statuent au fond que ce préalable rempli.

Supposons que la péremption de la requête civile non encore admise soit demandée et obtenue, le jugement sur le fond en recevrait-il la moindre atteinte? non certainement.

Il en serait ainsi, dans le cas d'une tierce opposition dont la péremption 'aurait aucune influence sur le jugement attaqué.

Pourquoi donc une opposition irrégulière ou tardive produirait-elle des effets plus étendus, quand par elle-même elle n'est rien ?

L'art. 469 était-il donc nécessaire pour que la péremption d'une instance d'appel fondée sur un acte nul ou tardif n'exerçât aucun effet sur le jugement qu'on prétendait avoir attaqué ou auquel on avait acquiescé ?

Ce qui à nos yeux doit paraître plus grave, c'est la conséquence d'une opposition valable en la forme contre un jugement par défaut qu'aucun acquiescement n'a rendu définitif.

En doctrine, il est reçu au palais qu'une opposition anéantit le jugement par défaut ; que le jugement par défaut n'est plus alors considéré que comme un des actes de la procédure, et c'est par tolérance qu'on admet comme motivé

suffisamment un jugement de débouté d'opposition, qui adopte les motifs du jugement par défaut frappé d'opposition (1).

De ce principe doivent ressortir les conséquences les plus larges, les plus étendues qu'on puisse supposer en pratique. Ainsi les inscriptions prises doivent être renouvelées (2), les poursuites recommencées.

Ainsi, les meubles ou les immeubles saisis, en vertu d'un jugement par défaut, rentrent par l'opposition dans la libre disposition du défendeur ; s'il a été recommandé en vertu de ce jugement, les portes de la maison d'arrêt n'en doivent pas moins s'ouvrir pour lui, lorsqu'il a payé le débiteur qui l'avait fait emprisonner.

Nous ne dissimulons pas que ces conséquences peuvent être fâcheuses et entraîner des frais considérables (3); mais c'est la faute de la loi, et non la nôtre. Car on ne peut pas admettre dans ce cas que l'opposition a anéanti le jugement par défaut, à tel point que la péremption de l'opposition entraîne la péremption de ce jugement, et décider ensuite que des poursuites commencées en vertu d'un jugement frappé d'une opposition régulière peuvent être continuées, car alors chacune des solutions serait arbitraire ; aucun principe ne viendrait la protéger : une telle anarchie judiciaire ne serait pas tolérable (4).

On oppose ce mot *suspend* de l'art. 159, et l'on soutient que l'exécution n'est que suspendue (5). Si le jugement est confirmé, ajoute-t-on, le premier reprend toute sa force, et les effets du second remontent à la date du premier (6).

---

(1)[MENELET, ancien auteur, *Traité des péremptions*, s'exprime en ces termes, *Q.* 36 : « Dès qu'il y a une sentence qui reçoit une « opposition à celle rendue par défaut, l'instance redevient susceptible de péremption; « mais c'est qu'alors le jugement par défaut « est *comme non avenu..... la première instance est ressuscitée par l'anéantissement « du défaut.*»

« La cause n'avait reçu qu'une décision « provisoire, tant que durait le délai de recours. Voici venir l'opposition : elle remet « les choses dans l'état où elles étaient avant « le jugement par défaut. Cette comparution, « dont la loi excuse la tardiveté, pourvu qu'elle « n'excède pas les termes de grâce, n'est pas « l'introduction d'un autre procès : ce n'est, « comme plus haut je l'ai fait remarquer, « qu'une sorte de redressement des qualités « incomplètes de l'instance, dans laquelle le « défendeur se présente pour remplir le vide « que son défaut y avait laissé. — Une théorie « si simple et si bien accommodée à la nature « des choses aurait dû être généralement « comprise (BONCENNE, t. 3, p. 123.)» — M. PONCET, *Traité des Jugements*, t. 2, p. 417, n° 251, s'exprime dans les mêmes termes.]

(2) [Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 14 juin 1828 (J. des Arrêts de cette cour, t. 2 de 1828, p. 206), a jugé le contraire, en se fondant sur ce que l'hypothèque judiciaire ne s'évanouit pas et doit subsister tant que le jugement par défaut n'est pas annulé. C'est la question par la question, et dans l'espèce même, sur l'opposition le jugement par défaut avait été modifié.]

(3)[« Si le jugement rétracté doit être censé « non avenu, on ne peut pas en dire de même « des frais très réels qu'il a occasionés ; qui « devra donc les supporter ? Comme ces frais « tiennent à la procédure, ils suivront le sort « des dépens adjugés par le jugement sur le « fond. (PONCET, t. 2, p. 416, note 1.) »]

(4)[*V suprà*, nos *Questions* 620 *bis* et 695, et *infrà* la *Question* 1422.]

(5)[C'est ce qu'a décidé la Cour de Metz le 21 nov. 1817 (*J. Av.*, t. 15, p. 409); le journal de la Cour de Metz, dont nous avons extrait cet arrêt, ne donne pas l'espèce qui pourrait être utile à consulter. On peut invoquer dans le sens contraire trois arrêts : l'un de la Cour de cassation du 27 avr. 1825, l'autre de la Cour de Paris du 27 juill. 1826, et le troisième de la Cour de Toulouse du 18 déc. 1835 (*J. Av.*, t. 32, p. 242, et t. 51, p. 494). Dans le sens de l'arrêt de Metz, on invoque un arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 348); cet arrêt a cassé, il est vrai, une décision de la Cour de Grenoble qui appliquait le principe dans toute sa rigueur ; mais il a plutôt interprété l'article 1443, pour décider que, dans l'espèce, la séparation de biens ne pouvait pas être considérée comme volontaire.]

(6)[« L'opposition est une voie non *dévolutive*. Elle est *suspensive*, à moins que l'exé« cution provisoire n'ait été ordonnée, mais « elle n'est que cela ; ainsi le premier juge

Nous ne pensons pas que le législateur ait attaché au mot *suspend* toute l'importance que ce mot semblerait avoir dans le langage ordinaire ; parce que si l'opposition n'anéantit pas le jugement par défaut, aucun principe ne peut plus servir de régulateur pour l'appréciation des effets d'une opposition, et d'ailleurs, dans le Code civil même, ce mot est employé comme synonyme de ceux-ci : *ne court pas.* Au titre de la prescription la section est intitulée : *Des causes qui suspendent le cours de la prescription*, et presque tous les articles le cette section ne s'occupent que de cas où la prescription ne peut même pas commencer à courir.

Dans les auteurs, dans les arrêts, les mots *suspend* et *suspendue* sont fort souvent employés dans le sens que nous avons indiqué (1).

Aucun auteur ne s'est demandé si les effets de l'opposition seraient les mêmes dans le cas où l'exécution provisoire aurait été ordonnée, et nous devons avouer que là, ce n'est plus seulement du doute pour nous, mais une complète indécision. Dans l'impossibilité de nous rattacher soit à nos principes déjà posés, soit à une exception, nous dirons comment nous jugerions : permis à nos lecteurs de penser autrement.

La décision du juge nous paraît, dans ce cas, une espèce de saisie-arrêt, ou plutôt de mesure conservatoire, qui conserve ses effets malgré l'opposition du défaillant, et qui fait remonter les effets du jugement définitif au moment où elle a été permise. Le jugement par défaut en lui-même, quant au fond, n'existera plus et pourra tomber sous le coup de la péremption ; mais cette mesure salutaire aura protégé les intérêts du demandeur jusqu'au dernier moment utile.

De ce que nous venons de dire sur la question 661, posée par M. Carré, il résulte que l'art. 157 offre des difficultés d'interprétation qui naissent de l'obscurité et de l'insuffisance de son texte. Nous ne donnons pas notre avis comme une règle législative, mais comme devant indiquer les écueils à éviter, et pouvant servir à la solution des questions pratiques qu'il serait impossible de prévoir toutes.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 328 et s.

ART. 158. S'il est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement.

T. 89. — [Comm. du Tarif, t. 1, p. 230, n 25.] — C. de comm., art. 643. — C. de P., art. 113, 159, 162, 165, 436, 443, 445 — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 126, 139, 140, 232, 234, 295 305, 312, 343, 344 345 ; *Appel*, n° 268 ; *Ressort*, n° 23 ; *Roulage*, n° 7, et *Saisie immobilière*, n° 905 — Devilleneuve, n°s 16, 18 à 19, 21, 63, 71, 72, 76, 85, 89, 93, 96, 97, 97 *bis*, 98, 119. — Arm. Dalloz ; vis *Appel*, n°s 242, 280, 399 ; *Arbitrage*, n° 1101 ; *Emigré*, n° 109 ; *Enregistrement*, n° 2824 et s.; *Exécution de jugemens et actes*, n° 151 ; *Exploit*, n°939, *Jugement par défaut*, 304, 322, 435 ; *Radiation hypothécaire*, n° 73, et *Saisie immobilière*, n° 998 —Locré, t. 21, p. 89, p. 399, n° 36, p. 402, n° 39, et p. 430, n° 85 — QUESTION TRAITÉE. De ce que l'art. 158 porte que l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement s'ensuit-il que la déclaration d'opposition ne poisse être faite utilement au jour qui suit immédiatement les actes auxquels l'art. 159 attache la présomption que le jugement est exécuté ? *Q.* 662.] (2)

---

ment reste entier jusqu'à sa rétractation par « le jugement sur l'opposition. (RAUTER, *Cours « de Procédure*, p. 274.) »]

(1) [V. un arrêt de cassation du 23 avr. 1810, et M. BONCENNE, t. 3 p. 138.]

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Un jugement rendu par défaut contre une partie qui n'a pas d'avoué, ne peut être attaqué par voie d'opposition que dans le cas où il n'a pas été exécuté (Rennes, 27 sept. 1810);

2° Lorsqu'il est maintenu et reconnu que ce jugement n'a pas reçu d'exécution, l'appel n'est pas recevable, puisque l'appelant ne peut se pourvoir que par opposition (Rennes, 2e ch., 16 juil. 1808);

3° L'art. 643 du C. de com. qui a rendu la disposition de l'art. 158 du C. de proc. ap-

CXVIII. La raison de la différence que l'art 158 établit ici entre le défaillant qui s'est laissé condamner après avoir constitué avoué, et celui pour lequel nul avoué n'a comparu, vient de ce que le défaut faute de plaider est toujours volontaire, et ordinairement calculé par le besoin de reculer une condamnation, tandis qu'il est possible que, par l'effet d'une procédure frauduleuse et clandestine, le second ignore et le jugement qu'on a fait prononcer, et la signification qu'on prétend lui en avoir été faite : il était donc juste de ne lui fermer la voie d'opposition qu'après un acte d'exécution du jugement. Mais quels actes seront réputés actes d'exécution, et rendront par conséquent l'opposition non recevable? Le législateur a résolu cette question par l'art. 159.

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 229.

662 *De ce que l'art. 158 porte que l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement, s'ensuit-il que la déclaration d'opposition ne puisse être faite utilement au jour qui suit immédiatement les actes auxquels l'art. 159 attache la présomption que le jugement est exécuté?*

Cette question naît d'un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 14 mai 1808. (*S.* 1808, 2e part., p. 228, et *J. Av.*, t. 15, p. 526, 4e espèce.) On lit, en effet, dans un de ses considérants, qu'*aux termes de l'art.* 158, *l'opposition étant recevable jusqu'à* L'EXÉCUTION DU JUGEMENT, *il s'ensuit que le délai ne commence à courir, dans ce cas, que du jour de cette exécution.*

L'on serait porté à tirer de ces expressions, prises isolément, la conséquence que le délai de huitaine, prescrit par l'art. 162, ne commencerait à courir que le lendemain du jour où les actes d'après lesquels l'art. 159 réputé le jugement exécuté, auraient eu lieu.

Ainsi, par exemple, cet article ne réputant, entre autres circonstances, le jugement exécuté qu'autant que les meubles saisis auraient été vendus, l'opposition serait valablement formée le jour qui suivrait la vente, et ce serait ce jour seulement que commencerait à courir, d'après l'art. 162, le délai de huitaine pour renouveler l'opposition.

Nous ne croyons pas que telle ait été l'intention du législateur : au contraire, l'art. 158 voulant que l'opposition soit recevable *jusqu'à l'exécution*, il paraît évident que la déclaration de s'opposer doit être faite par la partie avant que l'exécution soit consommée par les actes mentionnés en l'art. 159.

C'est ce que prouve d'ailleurs l'art. 162, qui permet de faire la déclaration sur les actes d'exécution. Nous concluons donc qu'encore bien que le jugement ne soit réputé exécuté qu'après la vente des meubles, l'opposition ne serait plus recevable, si cette vente avait été faite, puisqu'en ce cas le jugement aurait reçu son exécution (1). Voy. Q. 1546 *ter*.

[L'opinion de M. Carré a été adoptée avec raison par la Cour de Bruxelles, le 10 novembre 1824 (*J. des arrêts de cette Cour*, t. 2 de 1824, p. 247); la loi a pris des mesures sages et prévoyantes, pour qu'en cas de non constitution d'avoué, la partie ait connaissance du jugement et puisse y former opposition

---

plicable aux jugements des tribunaux de commerce, et dérogé ainsi à l'art. 436 de ce dernier code, ne dispose que pour l'avenir; il ne peut conséquemment s'appliquer aux jugements de commerce rendus avant sa publication. (*Cass.*, 2 août 1815, *S.* 1816, p. 107.)

4° Le délai pour l'opposition ne court contre l'étranger qu'autant qu'il y a eu exécution dans le sens de l'art. 159, après observation des longs délais prescrits par l'art. 73. (Rennes, 18 sept. 1813, et Trèves, 17 fév. 1813, *J. Av.*, t. 15, p. 377.)]

(1) Aussi, par arrêt du 13 juillet 1809, 1re ch., la Cour de Rennes a-t-elle décidé que le délai pour interjeter appel court à partir de l'époque où l'exécution a été *consommée*, lorsque la partie condamnée ne s'est pas rendue opposante avant cette époque.

lorsque l'exécution est légalement établie, non par analogie, mais dans les termes mêmes de l'art. 159, l'opposition n'est plus possible; on ne concevrait pas alors le motif qui ferait accorder huit jours, à dater de cette exécution.

Il faut bien remarquer, que si l'exécution ne résulte que d'un procès-verbal de carence, ou de tout autre acte d'exécution que la jurisprudence a assimilée à l'exécution dont parle l'art. 159, la voie de l'opposition reste ouverte tant qu'il n'existe pas la preuve que l'exécution a été connue de la partie défaillante. (*V. infrà* notre *Question* 663.)]]

ART. 159. Le jugement est réputé exécuté, lorsque les meubles saisis ont été vendus, ou que le condamné a été emprisonné ou recommandé, ou que la saisie d'un ou plusieurs de ses immeubles lui a été notifiée, ou que les frais ont été payés, ou enfin lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante : l'opposition formée dans les délais ci-dessus et dans les formes ci-après prescrites, suspend l'exécution, si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition.

[Comm. de Tarbé, t. 1, p. 230, n° 25, art. 155, C. de P. C.—Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Appel*, n° 247; *Jugement par défaut*, n°s 34, 138, 141 *ter*, 222, 233, 235 à 284, 287 à 289, 299, 300, 305 à 304, 307, 309, 311, 313, 315, 333, 334, 339, 382 et 383.—Devilleneuve, v° *Jugement par défaut*, n°s 66 à 85, 87, 89 à 95, 97, 98, 104, 120 et 169.—Arm. Dalloz, v°s *Acquiescement*, n°s 360, 418, 436; *Appel*, n°s 380, 399; *Arbitrage*, n°s 406, 935 et s., 1101; *Contrainte par corps*, n°s 442, 564; *Désaveu*, n°s 148 et s., 153; *Exécution des jugements et Actes*, n° 151; *Hypothèque judiciaire*, n° 52; *Interr. sur faits et art.*, n° 134; *Jugement par défaut*, n°s 304, 316, 322 et s., 342, 369 et s., 381, 387 et s., 422, 437, 441 et s., 484, 581; *Radiation hypothécaire*, n° 74.—Locré, t. 21, p. 89, 279 et 280, n°s 6 et 8; p. 352, n° 15.—QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 159 est-il limitatif ou seulement démonstratif?—Ou *plus particulièrement*, 1° peut-on, soit pour empêcher la péremption prononcée par l'art. 156, soit pour faire courir le délai d'opposition, suppléer par d'autres actes à ceux auxquels l'art. 159 attache spécifiquement l'effet de faire réputer le jugement exécuté, lorsqu'on emploie les voies d'exécution que ces derniers actes supposent? 2° Quels sont ceux qui seraient susceptibles d'établir la même présomption, s'il était impossible d'employer ces voies, ou si l'on était obligé de recourir à d'autres? *Q.* 663 de *M. Carré*.—Réflexions générales faites par nous sur l'art. 159; *même Question* p. 98.—Quels sont les cas d'exécution complète ou d'exécution seule possible, ne rentrant nullement dans les exemples de l'art. 159, pour la rectification des actes de l'état civil, le mariage, les inscriptions hypothécaires, la faillite, les mesures d'instruction, comme enquête, défaut-joint, reprise d'instance, etc., etc., les saisies-arrêts, les voies à employer contre le trésor public, les communes? *même Question*, § 1er, p. 102.—Quel est le caractère spécial des actes d'exécution énumérés dans l'art. 159? *même Question*, § 2, p. 111.—Quels sont les cas dans lesquels ce peut appliquer la disposition qui permet de considérer comme exécution un acte quelconque d'exécution connu du débiteur? *même Question*, § 3, p. 113.—La connaissance du jugement de la part du condamné, constatée par un acte quelconque, suffit-elle pour empêcher la péremption? *même Question*, § 4, p. 114.—Lorsque les meubles que l'huissier se présente pour saisir sont sous les scellés, quelle sera la procédure à suivre? Comment le jugement par défaut sera-t-il exécuté? *Q.* 663 *bis*.—La déchéance du droit d'opposition résultant de ce que le jugement par défaut a été exécuté dans le sens de l'art. 159, C. P. C., peut-elle être proposée par celui qui, profitant de l'absence de son débiteur, a, par fraude, obtenu et fait exécuter le jugement par défaut? *Q.* 663 *ter*.—Un acquiescement quelconque donné par le condamné à un jugement par défaut peut-il équivaloir soit à l'exécution, soit à un acte qui prouve qu'il aurait eu connaissance de l'exécution? *Q.* 664.—Supposons qu'une partie condamnée par défaut vienne après l'expiration des six mois fixés pour la péremption du jugement, se pourvoir par opposition, renonçant ainsi tacitement, ou même renonçant expressément et par délicatesse, à se prévaloir de la péremption, le juge pourrait-il suppléer d'office l'exception résultant de la péremption? *Q.* 665.—L'exécution du jugement faite sans que le condamné ait déclaré former opposition, peut-elle être opposée sous l'appel comme un acquiescement au jugement? *Q.* 666.—Si l'exécution n'a pas eu lieu, par suite d'un empêchement occasioné par le propre fait du défaillant, en sera-t-il de cette circonstance comme de l'acquiescement? *Q.* 667.]

CXIX. On a vu, par l'article précédent, que si la partie condamnée par défaut n'a point eu d'avoué constitué, son opposition est recevable non seulement dans les huit jours de la signification, mais jusqu'à l'exécution du jugement; nous avons donné dans notre commentaire sur cet article, pag. 92, la raison de cette différence. L'art. 159 indique les actes par lesquels un

jugement sera tenu pour exécuté, et qui conséquemment rendront l'opposition non recevable. Le législateur, par cette indication, a entendu, disait l'orateur du Gouvernement, couper court à toute difficulté, et néanmoins cet art. 159 a été une source de controverses et de décisions incohérentes et contradictoires que nous examinerons sous la question suivante, dans la vue d'établir une doctrine générale, qui puisse faciliter l'intelligence et l'application de ce même article, suivant son texte et d'après son esprit.

663. *L'art.* 159 *est-il limitatif ou seulement démonstratif?* (1)

Ou, PLUS PARTICULIÈREMENT, *peut-on, soit pour empêcher la péremption prononcée par l'art.* 156, *soit pour faire courir le délai d'opposition, suppléer par d'autres actes à ceux auxquels l'art.* 159 *attache spécifiquement l'effet de faire réputer le jugement exécuté, lorsqu'on emploie les voies d'exécution que ces derniers actes supposent?* 2° *Quels sont ceux qui seraient susceptibles d'établir la même présomption, s'il était impossible d'employer ces voies, ou si l'on était obligé de recourir à d'autres?*

Nous nous proposons de traiter, sous cette question générale, la plupart des difficultés que nous avons examinées séparément dans nos précédents ouvrages, à l'occasion de l'article ci-dessus.

Mais d'abord l'énoncé de cette question préjuge une solution affirmative, sur le point de savoir si les mêmes actes qui sont nécessaires pour empêcher l'opposition contre un jugement par défaut, rendu faute de constitution d'avoué, le sont également pour empêcher la péremption de ce jugement. C'est en effet notre opinion, contraire à celle qui a été émise au tome 16, 2e part. p. 381, du Recueil de M. SIREY; mais conforme à un arrêt de Limoges, du 20 juillet 1821, que cet arrêtiste rapporte, t. 22, 2e part. p. 1, et fondée d'ailleurs sur les raisons qui ont été déduites dans le plaidoyer de M. Thomas, substitut du procureur général à la même Cour, et sur lequel est intervenu un autre arrêt du 14 fév. 1822. (*V.* ibid., 2e part. p. 169.) [[*V.* notre opinion contraire *infrà*, p. 99.]]

Il serait superflu d'entrer ici dans une discussion où l'on ne pourrait que reproduire les moyens que ce magistrat a fait valoir.

Revenant à la question ci-dessus posée, il nous paraît évident que l'art. 159 est limitatif, pour les cas où celui qui a obtenu jugement se propose de l'exécuter par l'une des espèces de saisies *mobilières* qui entraînent une vente (2). Ainsi, procède-t-il par voie de saisie-exécution ou de saisie-brandon, il n'y aura d'exécution qu'au moyen de la vente des meubles ou des fruits; aucun des actes antérieurs de poursuites ne pourra empêcher la péremption, ou rendre l'opposition non recevable, puisque la loi n'attache la présomption de connaissance de l'exécution de la part du débiteur, qu'à l'acte qui constate la consommation de la vente (3).

---

(1) [L'art. 159 étant aux yeux de beaucoup de praticiens un des plus obscurs du Code, nous avons cru devoir examiner la question posée par M. Carré, comme si notre savant maître n'en eût nullement parlé.—On saisira plus facilement les nuances de nos deux opinions. Presque tous les auteurs ont traité la difficulté *ex professo*. Nous avons eu le soin de mettre en concordance par des renvois l'opinion de M. Carré et la nôtre.]

(2) Nous exceptons la saisie des rentes, quoiqu'elle soit dans son essence une saisie *mobilière;* mais on verra ci-après qu'elle admet la plupart des formalités de la saisie immobilière, et par conséquent, nous estimons que le jugement sera exécuté en saisie de rente, lorsque cette saisie aura été notifiée, conformément à l'art. 641. Notre opinion, à cet égard, est fondée sur une juste analogie tirée de l'art. 159 lui-même, en ce qui concerne l'exécution par voie de saisie immobilière. [V. *infrà*, p. 109, note 1.]

(3) C'est ainsi qu'il a été décidé qu'une saisie de meubles non suivie de vente n'est point

Procède-t-il par voie de contrainte par corps, il y a même raison de décider; tous les actes antérieurs à l'emprisonnement seront insignifiants (1).

Il en sera de même, s'il agit par voie d'expropriation forcée: tous les actes de saisie immobilière qui précèdent la notification de la saisie, c'est-à-dire la dénonciation faite en conformité de l'art. 681, ne seront d'aucune considération (2).

Ce sont là autant de conséquences nécessaires du texte et de l'esprit de l'article 159. Mais toutes les fois que le porteur du jugement entend l'exécuter de toute autre manière que celles que nous venons d'indiquer, par exemple par voie de saisie-arrêt, ou lorsqu'il lui est impossible, soit d'employer l'une de ces manières, soit de faire les actes qu'elles supposent pour parvenir à l'exécution, la difficulté consiste à savoir quelles seront les espèces d'actes auxquelles il sera permis d'attacher la présomption de la connaissance de l'exécution du jugement.

Afin de résoudre cette difficulté, il est indispensable de fixer le sens que l'on doit attribuer au mot *exécution* dans l'art. 159. Suppose-t-il l'exécution complète du jugement? ou bien suffirait-il qu'un acte tendant à parvenir à cette exécution eût été connu du condamné?

On dit, pour l'affirmative, que l'art. 159 n'exige point *que l'exécution soit consommée;* et l'on ajoute que l'exécution se compose de tous les actes qui conduisent à son complément : donc tous actes connus du débiteur, et qui ont pour objet de parvenir à ce but, sont des actes d'exécution suffisants, dans le vœu de la loi, pour que l'opposition ne soit plus recevable (3).

Nous ne saurions adopter cette doctrine, que repousse évidemment le texte même de l'art. 159, qui exige une exécution aussi complète *que possible*, puisqu'autrement, le législateur eût déclaré la saisie suffisante, sans exiger en outre la vente des meubles, de même qu'il n'eût pas exigé l'*emprisonnement*, qui n'est effectué que par l'écrou, aux termes de l'art. 789, et se fût contenté du procès-verbal prescrit par l'art. 583, lequel est nécessairement connu du débiteur (4). Nous nous en référons, au reste, aux développements qu'offre, à l'appui de cette opinion, l'excellent plaidoyer de M. Thomas, déjà cité, p. 94. [[*V.* notre opinion *infrà* p. 113, § 3.]]

Cela posé, et pour en revenir à la question de savoir quand il y a exécution en cas de saisie-arrêt de deniers, on pourrait se croire fondé à maintenir qu'il n'y a exécution complète du jugement par défaut qui lui sert de base,

---

un acte d'exécution, dans le sens de l'art. 159. (Trèves, 13 fév. 1811, *J. Av.*, t. 15, p. 366; *Cass.*, 18 avril 1811; *S.*, t. 14, 2e p., p. 453, 1re p., p. 232.) *Idem* d'un simple commandement. (Paris, 14 janv. 1815, *S.*, t. 18, p. 101, et *J. Av.*, t. 15, p. 384).

Mais la Cour de Paris avait jugé le contraire, par arrêt du 31 déc. 1811, et celle d'Agen avait statué dans le même sens le 6 fév. 1810. (*S.*, t. 12, p. 65, et t. 14, p. 193.) Evidemment, dans notre opinion, un commandement peut bien annoncer l'intention d'exécuter, mais ne constitue pas l'exécution. [V. *infrà*, p. 111.]

(1) Ainsi, par arrêt du 10 déc. 1812, la Cour de Colmar a jugé qu'un procès-verbal de capture n'était pas un acte d'exécution, et elle en a donné le motif énoncé dans la note qui précède, savoir : qu'un tel acte fait bien connaître l'intention *d'exécuter*, mais ne constitue pas l'exécution, qui ne peut être consommée que par l'emprisonnement, comme, en saisie de meubles, par la vente. (*J. Av.*, t. 15, p. 375.)

Il est à remarquer que cette décision a été rendue dans une espèce où l'emprisonnement n'avait pu être effectué à raison de l'évasion du débiteur; circonstance qui prouve combien on a tenu à la rigueur du texte, et considéré la disposition comme limitative. [V. *infrà*, p. 113.]

(2) Voyez ci-dessus la note première.

(3) C'est particulièrement sur ce motif que les arrêts cités dans la note 3, p. 94, ont décidé qu'un commandement notifié à fin de saisie, et même une simple signification de jugement avec commandement à cette même fin, étaient des actes d'exécution dans le sens de l'art. 159. (*V.* notamment l'arrêt d'Agen.)

(4) *V.* note 1, *suprà*.

qu'autant qu'ayant été déclarée valable, le créancier a été payé en tout ou partie, par le dessaisissement du tiers-saisi entre ses mains, ou par voie de distribution, conformément à l'art. 579.

Mais, par arrêt du 30 juin 1812 (*S.*, t. 12, 1re part., p. 361, et *J. Av.*, t. 15, p. 368), la Cour suprême a décidé, au contraire, que des saisies-arrêts, contenant l'énonciation expresse d'un jugement par défaut qui leur a servi de base, signifiées au débiteur saisi, avec assignation en validité, et suivies de constitution d'avoué de sa part sur cette assignation, sont preuves d'exécution du jugement par défaut et de connaissance de cette exécution; qu'en ce cas, le délai d'opposition a couru du jour de la constitution d'avoué (1).

Cette décision ne nous semble pas contraire à ce que nous avons cru pouvoir maintenir, que la loi exige *autant que possible une exécution complète.* En effet, la saisie-arrêt est un mode d'exécution, et l'art. 159 n'a déterminé aucuns actes qui établissent la présomption légale de cette exécution, comme il l'a fait pour les saisies mobilières, qui entraînent une vente des choses qui en sont l'objet, pour les saisies immobilières et pour l'exercice de la contrainte par corps. Or, lorsqu'il y a eu constitution d'avoué sur une demande en validité de la saisie-arrêt, demande qui, aux termes de l'art. 563, *est dénoncée au saisi,* on ne saurait raisonnablement prétendre que le jugement par défaut qui sert de base à cette saisie n'est *pas exécuté;* si la loi exige une procédure ultérieure, cette procédure ne tend qu'à faire juger *l'exécution régulière,* et à déterminer, d'après la déclaration du tiers-saisi, donnée conformément à l'art. 571, la somme que le saisissant devra recevoir. Ce n'est là qu'une suite de l'exécution déjà opérée et connue du débiteur (2).

Remarquons maintenant que, suivant plusieurs auteurs, l'on pourrait concevoir un grand nombre de jugements qui ne seraient point susceptibles d'être mis à exécution par les voies indiquées dans la loi; tels seraient tous ceux qui ne prononceraient pas ou qui n'ordonneraient point une condamnation pécuniaire, ou la contrainte par corps. En ces circonstances, les rédacteurs des ANNALES DU NOTARIAT (*Comm.*, t. 1, p 328), estiment, parce qu'*à l'impossible nul n'est tenu,* qu'il suffit, soit pour empêcher la péremption du jugement par défaut, soit pour faire courir le délai de l'opposition, de justifier qu'un acte quelconque tendant à exécution a été notifié au condamné. [[*V. infrà*, p. 102, § 1er.]]

---

(1) Cet arrêt décide en outre que la décision contraire n'est pas un simple mal jugé, mais qu'elle est un moyen de cassation.

(2) Mais *quid juris,* à l'égard d'un jugement qui, sur le défaut du saisi, a déclaré la saisie valable? quel sera l'acte postérieur à ce jugement qui établira la présomption de son exécution? La Cour de Turin, par arrêt du 17 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 19, p. 289), a jugé que la déclaration faite par le tiers-saisi, après ce jugement de validité, ne pouvait établir cette présomption, qui doit résulter de la connaissance que le débiteur a eue de l'exécution. Telle est aussi notre opinion; car aucune disposition du Code de procédure ne suppose que la déclaration du tiers-saisi puisse être *légalement* connue du saisi, qui a fait défaut sur l'assignation en validité; aucune, en effet, ne prescrit de lui notifier cette déclaration. Nous croyons donc qu'en cette circonstance, le jugement de validité n'est périmé, ou l'opposition non recevable qu'après la notification au saisi du jugement qui aurait ordonné, soit de payer directement au saisissant, s'il n'y a pas lieu à distribution, soit cette distribution, s'il y a lieu, d'après ce que nous dirons sur les art. 575 et 579.

Mais remarquons bien que si la saisie-arrêt ne porte pas sur une somme de deniers, mais sur un objet corporel, sur un meuble, la présomption légale de l'exécution, soit du jugement par défaut qui sert de base à la saisie, soit du jugement également rendu par défaut sur la validité de cette même saisie, ne sera acquise que par la vente de cet objet mobilier. C'est, à notre avis, la conséquence nécessaire de l'art. 91, en ce qu'il est *limitatif,* comme nous l'avons dit p. 94, lorsque tel est l'objet d'une saisie, qu'elle conduise à une vente.

[V. *infra*, p. 107 et 113, § 1er, n 4 et § 3.]

Mais on n'a pas fait attention que tout jugement qui condamne au principal, contient, aux termes de l'art. 130, condamnation aux dépens, et que par suite, il ne peut guère exister de jugements qu'il soit impossible d'exécuter de l'une des manières prescrites par la loi, et particulièrement par la voie de saisie-exécution, à moins toutefois que le condamné n'eût pas de meubles (1). Alors, bien certainement, un procès-verbal de carence, *dressé en présence de celui-ci ou à lui notifié,* opérerait l'exécution conformément à l'opinion des auteurs ci-dessus cités. Cet acte est en effet le seul qu'il soit possible de faire (2).

Nous venons de dire que tout jugement par défaut est presque toujours susceptible d'être exécuté par les voies que la loi indique, attendu qu'il renferme ordinairement une condamnation aux dépens ; mais il ne faudrait pas conclure de là que s'il était libre à la partie qui a obtenu ce jugement de l'exécuter, soit d'une manière, soit de l'autre, par exemple d'opter entre la saisie-exécution ou la saisie immobilière, etc., un procès-verbal de carence connu du défaillant n'opérerait pas les effets que nous lui attribuons. Vainement dirait-on que puisqu'il était impossible à cette partie de saisir et de vendre les meubles, qui n'existent pas ou qui sont insaisissables, elle ne pouvait exécuter le jugement qu'en saisissant les immeubles appartenant au débiteur. Nul ne peut être obligé à prendre une voie d'exécution plutôt qu'une autre; il suffit que la loi en ait ouvert plusieurs pour que la partie soit libre de recourir à l'une de préférence à l'autre; et s'il est constaté que celle qu'elle choisit ne peut être poursuivie jusqu'à ses derniers résultats, le jugement sera exécuté par l'acte qui établira cette preuve et qui sera connu du débiteur.

Faisons une autre hypothèse : si le jugement par défaut contenait une condamnation non susceptible d'une exécution actuelle, sur les biens ou sur la personne, on pourrait demander si des actes constatant des mesures purement conservatoires, prises en vertu du jugement par défaut, suffiraient pour le faire réputer exécuté?

Déjà nous nous sommes expliqué à l'égard de la saisie-arrêt. (*V.* ci-dessus, p. 96.) Mais, *quid juris* d'une inscription hypothécaire?

Les auteurs des ANNALES DU NOTARIAT (*Comm.*, t. 1, p. 322), estiment qu'elle

---

(1) Aussi a-t-il été jugé, par arrêt de la Cour de Metz, du 21 avril 1818 (*S.*, t. 19, p. 111), qu'un jugement de reconnaissance d'écritures non exécuté dans les six mois serait périmé, conformément à l'art. 156, s'il prononçait en même tems une condamnation de dépens dont l'exécution eût pu être poursuivie dans la forme indiquée par l'art. 159.

(2) On est parfaitement d'accord sur le point que le procès-verbal de carence suffit pour opérer son exécution ; mais il y a contrariété d'opinions sur celui de savoir s'il doit produire cet effet quand il est resté inconnu du condamné, dont la présence à sa confection ne serait pas constatée, et auquel il n'aurait pas été notifié. La Cour de Nancy, par arrêt du 9 mars 1818, a jugé la négative (*S.*, t. 18, p. 274), attendu que le délai d'opposition ne commence à courir que du jour où le défaillant a nécessairement connu l'exécution, et que l'acte de carence ne peut être connu de lui qu'autant qu'il lui a été notifié. M. SIREY cite, t. 22, p. 1, à l'appui, deux autres arrêts ; mais on doit remarquer que le premier ne se rapporte qu'à un commandement ; le second, à la constitution sur une demande en validité de saisie-arrêt. Il existe un autre arrêt, celui de la Cour de Limoges, déjà cité p. 94, qui décide bien que le procès-verbal de carence suffit pour l'exécution ; mais il faut remarquer qu'il est cependant reconnu, dans les considérants de l'arrêt, que cet acte avait été notifié au défaillant dans la personne de son épouse. Cette dernière décision n'est donc en aucune manière opposée à celle de la Cour de Nancy, dont nous adoptons les motifs.

Il est vrai que M. PIGEAU, t. 1, p. 470, se sert d'expressions générales, d'où l'on pourrait induire que l'acte dont il s'agit suffirait par lui-même pour empêcher la péremption du jugement, indépendamment de toute connaissance de sa confection ; mais ce savant auteur savait trop bien interpréter notre Code de procédure, pour qu'il soit possible de lui prêter cette opinion. [V. *infrà*, p. 112, § 2.]

ne saurait établir la présomption légale, que le défaillant ait été nécessairement instruit de l'exécution donnée au jugement, puisqu'elle n'est censée publique qu'en ce sens, que chacun a droit de vérifier les registres, et que, dans la vérité, elle peut souvent rester inconnue à celui même sur les biens duquel elle frappe. Telle est aussi notre opinion (1), que nous ne donnons toutefois que dans l'hypothèse où le jugement ne renfermerait pas une condamnation de dépens, car alors il y aurait, comme nous l'avons dit ci-dessus, possibilité d'exécution par l'une des voies indiquées dans l'art. 159.

En terminant sur cette question générale, nous ne devons pas dissimuler que plusieurs de nos solutions nous semblent à nous-même susceptibles de difficultés sérieuses. Nous devions donner notre opinion, et nous l'avons fait sans prétention, en tâchant de concilier le texte de la loi et son esprit, et les décisions incohérentes et souvent contradictoires que nous avons eu à examiner. Puissent les observations qu'elles nous ont suggérées contribuer en quelque chose à ramener à plus d'uniformité la jurisprudence existante sur l'art.159!

[[Dans la dissertation qu'on vient de lire, M.CARRÉ n'a pas nettement posé sa doctrine, et on ne pourrait pas dire avec assurance qu'il n'accorde aucun sens à la seconde partie de l'art. 159, ainsi conçue : *ou enfin, lorsqu'il y a quelque acte*, etc. Malheureusement, depuis qu'il a écrit, la difficulté est devenue d'autant plus grave, que les autorités les plus imposantes, ou sont tombées dans des contradictions évidentes, ou se sont attachées à des systèmes complètement divergents. Cependant, il nous semble que la jurisprudence et la doctrine ont fait un pas immense en s'accordant sur ce point, que les mots, *ou enfin lorsqu'il y a quelque acte*, devaient être entendus en ce sens, que tous actes d'exécution, autres

---

(1) On opposera un arrêt de la Cour de cassation du 19 déc. 1820 (*S.*, t. 21, 1re part., p. 369, et *J. Av.*, t. 15, p. 420), lequel a décidé qu'une inscription hypothécaire était une exécution suffisante pour empêcher la péremption prononcée par l'art. 156. Mais nous remarquerons qu'il s'agissait d'un jugement rendu sur reconnaissance d'écriture privée ; que ce jugement ne prononçait aucune condamnation, mais seulement la reconnaissance du titre de la partie; que, par conséquent, la seule exécution qu'il pouvait recevoir, comme l'avaient déclaré et les premiers juges et ceux d'appel (*V. Sirey, ubi suprà*), était une inscription hypothécaire, qui n'avait pour objet que la conservation de la créance établie par le titre reconnu ou vérifié; l'inscription était donc tout à-la-fois *mesure d'exécution*, puisque tout autre moyen d'exécuter était impossible, et *moyen de conservation*, comme l'a déclaré la Cour suprême. Or, il impliquerait contradiction avec la loi, qui permet de prendre inscription en vertu d'un jugement par défaut, faute de constitution d'avoué, de considérer l'inscription comme non-avenue, par le motif que l'exécution n'aurait pas été connue du débiteur.

Voilà comme il est permis de concilier l'arrêt précité avec le principe consacré par l'art. 159, relativement à la connaissance que le condamné doit avoir eue de l'exécution. Aussi, M. le substitut de la Cour de Limoges, dans ses conclusions déjà citées p. 397, n'a-t-il pas hésité à envisager cet arrêt comme bien rendu dans son espèce, mais comme ne fournissant pas de raisons suffisantes pour décider qu'une inscription hypothécaire constitue en général l'exécution exigée par les art. 156 et 159. (*V. S.*, t. 22, p. 173.)

Au surplus, pour éviter toute nouvelle controverse sur ce point, la prudence conseillerait à toute partie qui, dans l'impossibilité d'exécuter autrement un jugement, ne peut que l'inscrire sur les registres des hypothèques, de signifier le bordereau à la partie défaillante, qui ne pourrait désormais prétexter d'ignorance de ce genre d'exécution.

Mais *quid juris*, si, en vertu d'un jugement par défaut, une inscription hypothécaire avait été rayée sans que le défaillant eût été appelé pour être présent à la radiation, ou du moins sans qu'il eût été averti du jour auquel on y procéderait, ou enfin sans que l'on pût présenter un acte constatant qu'il eût eu connaissance de cette radiation? Par une conséquence des doctrines que nous professons ici, nous répondrons qu'on ne pourrait déclarer le jugement périmé, ni rejeter l'opposition qui serait formée par le défaillant aussitôt que sa radiation parviendrait à sa connaissance. (Trèves 10 août 1810, *S.*, t. 11, p. 224, et *J. Av.*, t. 15, p. 341.) [V. *infrà*, p. 102, § 1er.]

que ceux désignés dans la première partie de l'article sont une exécution suffisante, pourvu qu'il résulte d'un acte quelconque que le condamné a eu connaissance de cette exécution. Pourquoi faut-il qu'un auteur célèbre soit venu raviver la querelle près de s'éteindre en jetant sa parole hardie au milieu du débat, et ait soutenu que le mot *exécution* était équivalent du mot *existence*, dans la partie de l'art. 159 ainsi conçue : *Lorsqu'il y a quelque acte, duquel il résulte nécessairement que l'*EXÉCUTION *du jugement a été connue de la partie défaillante*, et qu'il fallait lire *existence* et non pas *exécution*. C'est avoir une bien grande confiance dans sa supériorité, qu'oser dire : *Quelle que soit l'expression, elle aura assez de transparence pour laisser voir le vrai sens de la loi, et l'accord parfait de toutes ses parties.*

Ceci nous rappelle une loi faite après 1830, dans laquelle on voulait atteindre les journaux, paraissant même d'une manière *irrégulière* ; les copistes se trompèrent aux deux chambres ; on inséra toujours le mot *régulière*, cependant la discussion disait tout le contraire, la présentation, les motifs, révélaient la pensée du législateur. Un procureur-général obtint d'une cour un arrêt qui consacrait ce principe si dangereux, que malgré l'expression, on apercevait le vrai sens de la loi, mais sur notre plaidoirie, et le réquisitoire de M. Dupin procureur-général, la Cour suprême cassa, et fit bien. Ce ne sont pas les cours, les tribunaux et les auteurs qui sont chargés de réparer les erreurs d'une loi ; c'est le législateur seul qui est investi de ce droit.

Après avoir lu, avec la plus sérieuse attention, tous les auteurs qui ont écrit sur la matière, nous avons trouvé le résumé le plus complet qui puisse être fait d'une doctrine aussi compliquée que celle relative à l'exécution des jugements par défaut, dans l'ouvrage de M. BOITARD, t. 1er, p. 614 et suiv. Ce jeune et élégant professeur explique avec simplicité la difficulté qu'il veut faire saisir à ses élèves. Nous engageons nos lecteurs à le méditer : à part quelques points accessoires de détail, nous partageons complètement sa doctrine.

Ainsi, nous pensons, 1° que le jugement est exécuté, la péremption ne peut plus être opposée, l'opposition n'est plus recevable, lorsque le jugement ne peut s'exécuter que par un mariage, et que ce mariage est consommé. L'exécution est complète, entière et irréparable : mais que l'opposition est encore recevable, quoique le jugement soit censé exécuté, s'il s'agit d'une inscription hypothécaire, d'une radiation à faire opérer sur les registres de l'état civil, après l'inscription faite et la radiation operée, jusqu'à ce qu'il résulte d'un acte quelconque, que cette exécution qui était parfaite a été connue du défaillant ; 2° Que l'art. 159 est limitatif en ce sens que l'exécution, en dehors de toute connaissance de la part du défaillant, n'est réputée légale que dans les cas spécifiés par cet article, quoiqu'il soit bien évident que ce n'est qu'une fiction, puisque l'exécution n'est parfaite qu'après le paiement de celui qui a obtenu la condamnation ; 3° Enfin, que tout acte d'exécution de quelque nature qu'il soit, est un acte interruptif de la péremption et rend non-recevable l'opposition, lorsqu'il résulte d'un acte (1) que le défaillant en a eu connaissance, mais qu'il ne suffit pas que le défaillant ait eu connaissance de l'existence du jugement.

M. PIGEAU, contemporain du Code de procédure, un des rédacteurs de ce Code, a complètement adopté cette opinion dans son *Commentaire*, t. 1, p. 365. *Le Code dit, exécution et non pas existence*, ce sont ses expressions. M. THOMINE-

(1) Le mot *acte*, que nous répétons, parce que ce sont les termes de la loi elle-même, est improprement employé. Que ce soit un *acte*, judiciaire, ou extrajudiciaire, une lettre, ou une signature ou une indication écrite quelconque, il suffit qu'aux yeux des juges, *l'exécution* ait *nécessairement* été connue du défaillant pour que le jugement ne puisse plus être frappé d'opposition.

DESMAZURES, t. 1, p. 303, dont l'opinion est conforme à la nôtre, s'exprime en quelques mots seulement et dit : « Nous remarquerons ici que le Code a laissé « à la prudence du magistrat de décider, selon les circonstances et la nature « des actes, s'il en résulte que l'*exécution* ait été ou non nécessairement connue « de la partie condamnée. »

Telle est aussi la doctrine de M. MERLIN, t. 17, v° *Jugement par défaut*; cependant il est à présumer que ce savant jurisconsulte n'avait pas à ce sujet des idées bien arrêtées, car on trouve dans plusieurs passages de son livre des contradictions affligeantes qu'a signalées M. Boncenne.

Enfin, ce dernier auteur, t. 3, p. 77 et suiv. crée un article 159 tout nouveau qu'il puise dans la discussion du Conseil-d'état. Disons tout de suite, pour faire bonne guerre à cette brillante imagination, que sa théorie est beaucoup plus satisfaisante que celle du code, et que, législateur, nous n'hésiterions pas à l'adopter. Ainsi, nous admettons avec M. BONCENNE, que les délais de péremption, d'opposition n'ont été introduits dans notre loi de procédure que pour prévenir l'abus des exploits, des significations souillés, et que dès qu'il est certain qu'un défaillant a connu le jugement rendu contre lui et n'a pas voulu y former opposition, il est raisonnable et légitime de lui interdire le droit de faire tomber ce jugement faute d'exécution, ou d'y former opposition; mais c'est un système nouveau à créer; cela est tellement vrai qu'il ne s'harmonise pas avec les dispositions actuelles du Code: car s'il était exact de dire qu'aussitôt l'existence du jugement connue, l'opposition n'est plus recevable, il pourrait arriver que d'une lettre, il résultât que le défaillant a connu parfaitement le jugement et que son intention est d'y former opposition, que même aucune réserve ne fût contenue dans cette lettre et qu'alors malgré les termes formels de la loi *jusqu'à l'exécution, que l'exécution du jugement*, il fût déchu du droit de former opposition.

M. Boncenne ne s'est attaché qu'à l'art. 159 et à la discussion de cet article et il n'a pas parlé de l'article 158 qui permet l'opposition *jusqu'à l'exécution*. « En « résumé, a dit cet auteur, p. 92, l'obligation de former opposition commence, « dès qu'il apparaît que son existence ne peut plus être ignorée du défaillant. » Mais il eût dû ajouter : et si l'obligation commence, le droit n'existe plus, car s'il est de principe pour ceux qui voient dans la loi le mot *exécution* et non le mot *existence*, qu'une fois l'exécution opérée, l'opposition n'est plus recevable, il devra nécessairement découler de la doctrine de M. Boncenne, qu'une fois l'*existence* du jugement connue, l'opposition n'est plus recevable, car il ne fixe, il ne peut fixer aucun délai; il n'y en a de précisé dans aucun article; c'est ce qui démontre invinciblement que son opinion n'est qu'une théorie et qu'il n'y a point erreur de copiste dans l'article 159. Lorsque le législateur révisera cet article, ce qui est à désirer, il devra accorder au défaillant un délai de huitaine à dater du jour où il sera certain que ce défaillant a connu l'existence du jugement qui l'a condamné.

M. Boncenne a puisé dans la discussion des articles 156 à 159 toutes ses raisons de décider, et s'il s'est empressé de les accompagner de cette réflexion : « C'est en pénétrant ainsi dans l'intimité du conseil des sages, c'est en étudiant « les commentaires donnés par le législateur lui-même aux dispositions de la « loi, que l'on voit s'aplanir les aspérités de l'application, et se montrer à nu « les erreurs d'une doctrine et d'une jurisprudence quelquefois trop ambitieu- « ses. »

Certes, nous sommes loin de contester toute leur importance, aux discussions qui ont précédé les lois, surtout à celles qui ont eu lieu dans le sein du Conseil d'état de l'empire; mais pour attribuer une aussi grande autorité aux paroles des sages, non seulement il faut qu'elles soient faciles à comprendre, mais il faut surtout qu'elles soient explicites.

Qu'on se reporte à M. LOCRÉ, t. 21, p. 279, à M. BONCENNE, t. 3, p. 78, où cette discussion est textuellement rapportée, qu'on la lise et qu'on nous explique ce que M. TREILHARD a voulu dire par cette phrase : «*l'article* 150-156 (1) *se contente d'un acte quelconque que la partie condamnée n'ait pu ignorer, et qui l'ait avertie de l'existence du jugement.*» Nous avons lu dix fois l'article 150-156, sans pouvoir y trouver ce que dit M. Treilhard, et nous n'y avons vu que le mot *exécutés*, comme le mot *exécution* dans les articles 158 et 159. Peut-être M. Treilhard aura-t-il voulu dire qu'un simple acte ordinaire d'exécution suffit pour empêcher la péremption, nous disons *peut-être*, parce qu'il nous paraît impossible de saisir le véritable sens des paroles de M. Treilhard, sorties de sa bouche le 4 mai 1805, lorsqu'on lit dans l'exposé des motifs des articles 156 à 159 fait le 29 mars 1806 les observations que voici et que M. Boncenne n'a pas transcrites.

« Les jugements par défaut, quand il n'y a pas d'avoué constitué, devront « toujours être exécutés dans les six mois, sinon ils seront réputés non ave- « nus. Pourquoi s'empresse-t-on d'obtenir un jugement, si l'on ne veut pas « s'en servir ? L'opposition de la part du défaillant, sera recevable jusqu'à « l'exécution. Pour couper court à toute espèce de subtilité, on a dû définir ce « qu'on entend par exécuter un jugement. L'exécution n'est réputée faite qu'a- « près un acte notoirement connu de la partie défaillante. Jusque là celle-ci « peut se rendre opposante au jugement; la déclaration qu'elle s'oppose suspend « toute poursuite; ainsi disparaîtra pour toujours la possibilité d'une procé- « dure frauduleuse et clandestine, dont l'effet était d'égorger un citoyen qui ne « pouvait se défendre ; ainsi sera extirpé jusque dans sa racine un mal qui, jus- « qu'à ce jour, avait résisté à tous les ressorts employés pour le détruire. (LO- « CRÉ, L. 21, p. 538, n° 38.) »

Ce n'est donc pas du fait du défaillant que dépendra l'exécution, mais d'un acte de celui qui a obtenu le jugement, puisque c'est sur cet acte que le défaillant peut faire une déclaration qui arrêtera toutes les poursuites.

Le premier passage de M. Treilhard ne s'applique-t-il point aux mots de l'art. 152-158 qui ont été retranchés? L'article du projet (152) disait jusqu'à *l'entière exécution ;* c'est alors que M. Muraire objecta qu'il n'était pas toujours possible d'exécuter un jugement dans les six mois, et que M. Treilhard répondit qu'on n'exigeait pas que l'exécution fût parfaitement consommée, et les mots *entière exécution* furent retranchés ; nous sommes étonné que M. Locré n'ait pas parlé de ce retranchement important.

Mais continuons l'examen de la discussion du conseil, et qu'on nous pardonne la longueur de nos réflexions, en raison de la grave difficulté que nous avons à résoudre, et de l'athlète que nous avons à combattre.

Sur l'observation de M. DEFERMONT, qu'il ne fallait pas admettre l'opposition tardive, lorsqu'il serait prouvé d'une manière quelconque que la partie condamnée a connu le jugement assez a temps pour se pourvoir avant qu'on vînt l'exécuter, M. Treilhard répond que « les dispositions de l'art. 159 sont « nécessaires pour guider le juge dans l'application de la règle générale éta- « blie par l'article précédent, à laquelle il n'est pas dérogé, et *qui remplit les « vues* de M. Defermont.» Et pour qu'on ne s'y trompe pas, M. Boncenne ajoute en note : *c'est l'art.* 158, *portant que l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution.*

Quelle est donc la règle générale invisible, renfermée dans cet article 158, qui déclare un jugement exécuté lorsqu'il est connu d'une partie? M. Defer-

---

(1) L'art. 156 du Code de Procédure répond à l'art. 150 du projet.

mont l'avait demandée cette règle ; on lui répond qu'elle est tout entière dans l'art. 158. C'est à s'y perdre, et l'occasion n'est peut-être pas bien choisie de pénétrer dans l'intimité du conseil des sages, dont l'obscurité de langage, loin d'éclaircir les textes, les rend plus douteux. Peut-être cette discussion du Conseil-d'état est-elle aussi peu satisfaisante, parce que, comme le disait Napoléon (1), TREILHARD *avait de la ténacité*, et que M. *Defermont*, exigeant un système trop large, selon lui, il fit passer comme moyen terme, l'amendement de M. Muraire, *lorsqu'il y a quelque acte*, etc.

De la discussion, ou plutôt de l'exposé des motifs, comme du texte, il doit donc résulter la confirmation de la doctrine de M. BOITARD, qui est aussi la nôtre.

Notre pensée bien connue, passons à l'examen de la jurisprudence et des diverses espèces offertes par la doctrine, que nous devons diviser pour plus grande clarté en quatre paragraphes. *Dans le premier*, nous rechercherons quels sont les cas d'exécution complète, ou d'exécution seule possible, ne rentrant nullement dans les espèces tracées par l'art. 159; *dans le second*, quel est le caractère spécial des actes d'exécution énumérés; *dans le troisième*, quels sont les cas où l'on peut appliquer la disposition qui permet de considérer comme *exécution* un acte quelconque d'exécution connu du débiteur; et enfin *dans le quatrième*, si la connaissance du jugement et non de l'exécution du jugement peut suffire. **Supp. alph.** V° *Jugem. par défaut*, n. 200 et s., 233, 234, 236.

§ 1er. — *Quels sont les cas d'exécution complète, ou d'exécution seule possible, ne rentrant nullement dans les exemples de l'article* 159?

1° Nous avons dit que si un jugement par défaut ordonne la main-levée d'une opposition à mariage, le mariage consommé après la signification de ce jugement sera une exécution complète, qui suffira pour empêcher la péremption, ou pour interdire la voie d'opposition ; à cet exemple, il faut rattacher tous les cas qui peuvent offrir des points d'analogie.

Il en sera de même pour la péremption seulement, s'il s'agit de la rectification d'un acte de l'état civil, car l'article 100 du Code civil décide que le jugement de rectification ne pourra dans aucun temps être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis ou qui n'y auraient pas été appelées, d'où il doit suivre que ce jugement peut être opposé aux parties qui ont été appelées ; la rectification opérée est une exécution complète et seule possible ; mais comme la partie condamnée n'a pas connaissance de cette exécution, elle a droit de former opposition pendant les trente ans qui suivront la rectification (2).

Que décidera-t-on si un jugement fait défense à un individu défaillant de porter le nom de celui qui a obtenu le jugement ? Par quels actes obtiendra-t-on l'exécution de ce jugement ? Il n'existe évidemment que la signification : ainsi, dans ce cas encore, pas de péremption après cette signification, mais voie d'opposition restant ouverte au défaillant, jusqu'à ce qu'on établisse qu'il a connu la signification, seule voie d'exécution possible

Comment procéderait-on, en cas d'annulation d'un mariage, le mari et la

---

(1) *V.* L'intéressant mémoire de M. BERRIAT SAINT-PRIX, sur la vente du mobilier des mineurs, *J. Av.* t. 53, p. 389.

(2) A l'occasion de la saisie-arrêt, en déclarant *que son explication s'applique à toutes les difficultés du même genre*, M. BONCENNE, t. 3, p. 83 et 84, ne permet plus l'opposition quand l'exécution est complète. (V. *suprà*, p. 96 et 97, l'opinion de M. Carré.)

femme vivant déjà dans des maisons séparées? Une liquidation des droits de chacun des anciens époux devrait être commencée en cas de communauté établie. En cas de régime dotal, le mari restituerait la dot, ou la femme, si elle était demanderesse, exigerait cette dot par toutes les voies de droit; et si la liquidation ne pouvait se suivre que dans les colonies, la signification devrait encore être suffisante pour empêcher la péremption.

Remarquons que dans ces divers cas, il faut supposer qu'aucune condamnation aux dépens n'a été prononcée à raison de la qualité des parties; ces difficultés devront précisément engager les tribunaux à ne point compenser les dépens sur défaut, dans des circonstances de cette nature.

Le 27 juin 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 559), la Cour de cassation a consacré notre doctrine en rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 24 décembre 1835, et en décidant :

1° Qu'il y a exécution suffisante d'un jugement par défaut, lorsque, conformément aux présomptions de ce jugement, des marchandises ont été déposées dans un magasin pour être vérifiées par des experts. (*V. infrà*, p. 105).

2° Qu'il y a également exécution suffisante d'un autre jugement par défaut, ordonnant la livraison à l'acquéreur des marchandises existantes dans un dépôt public, lorsque cet acquéreur a pris livraison de ces marchandises et a offert le prix;

3° Enfin, que l'opposition à ces deux jugements n'était plus permise de la part du défaillant qui reconnaissait avoir reçu la signification dans le premier cas, et la copie des offres dans le second.

La Cour de Bordeaux avait dit dans son arrêt que *le fait de l'exécution est toujours relatif à l'utilité prononcée par le jugement.*

C'est ainsi que M. BONCENNE (t. 3, p. 80) écrit que le *jugement recevra toute l'exécution que sa nature comporte.* **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 201 et s

2° *Une inscription hypothécaire est accordée, ou la radiation d'une inscription est ordonnée : comment sera exécuté le jugement?* QUID *en matière de faillite?*

D'abord ne confondons pas le cas où en vertu d'un jugement de condamnation au paiement d'une certaine somme, le créancier se borne à prendre inscription avec celui où une inscription ou une radiation ont seulement été accordées; dans la première hypothèse, il a été jugé avec raison, le 10 août 1810, par la Cour de Trèves, et le 10 décembre 1824, par la Cour de Toulouse (*J. Av.*, t. 15, p. 344, et t. 32, p. 159), que le jugement était périmé faute d'exécution; dans la seconde, la jurisprudence est encore incertaine.

Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 19 décembre 1820, a considéré une inscription prise en matière de vérification d'écritures, comme un acte d'exécution; cette jurisprudence a été suivie par la Cour de Pau, le 21 janvier 1834, mais elle a été repoussée par la Cour de Riom, le 19 décembre 1829. (*J. Av.*, t. 15, p. 419; t. 47, p. 492, et t. 39, p. 178.) (1)

Cependant remarquons dans les espèces de ces deux arrêts une différence sensible, et, disons le, déterminante. Devant la Cour de Pau, la partie qui avait obtenu la radiation avait fait signifier le jugement à ses parties adverses, *avec sommation de se trouver aux jour et heure déterminés au bureau du conservateur des hypothèques, afin de voir opérer la radiation ordonnée*, tandis qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de Riom que *toutes les probabilités se réunissaient à l'appui de cette assertion, que la partie condamnée n'avait jamais eu connaissance de l'inscription prise sur ses biens, ce qui ressortait aussi de la remise de l'exploit de signification à une femme qui avait intérêt à le soustraire, etc.* On comprend alors la différence de solution.

(1) On peut consulter M. Reynaud, p. 220. (*V. sup.*, p. 98, note 1re, l'opinion de M. Carré.)

Nous pensons que si un jugement ordonne une reconnaissance d'écritures sans dépens, le jugement doit être signifié, une inscription prise et le bordereau de l'inscription signifié; que si une radiation est ordonnée, le mode suivi dans l'espèce soumise à la Cour de Pau est le seul régulier; aussi la Cour de Grenoble a-t-elle jugé le 22 juin 1848 (*J. Av.*, t. 75, p. 411), que la condamnation aux dépens, en matière de reconnaissance d'écritures, suffisait pour rendre l'art. 156 applicable.

Quant à la faillite, elle dessaisit le failli de l'administration de ses biens; ses créanciers ne peuvent plus se faire payer par les voies ordinaires; l'exécution possible d'un jugement par défaut doit donc être la signification de ce jugement aux syndics, et la production de ce titre, entre les mains des syndics dans les délais et dans les formes prescrits par le Code de commerce; telle est la doctrine consacrée par deux arrêts rendus, l'un le 4 janvier 1823 par la Cour de Caen, l'autre le 21 nov. 1826, par la Cour de Rouen (*J. Av.*, t. 53, p. 602).

Nous trouvons dans les manuscrits de M. CARRÉ une consultation qui repose sur les mêmes principes; en voici le texte:

« Le Conseil soussigné, consulté sur la question de savoir si le jugement de séparation de biens qu'obtient une femme contre son mari, tombé en faillite, est relevé de la péremption prononcée par l'art. 156 Cod. proc. civ., si, dans la quinzaine de son obtention (Cod. civ., art. 1444), elle en a remis copie aux syndics de la faillite, et que ceux-ci aient admis cette femme pour une somme quelconque au passif de cette même faillite, pense que l'affirmative ne peut être douteuse. En effet, la femme placée dans ce cas ne peut exécuter autrement le jugement de séparation dont il s'agit. Son mari étant tombé en faillite, elle ne peut obtenir de lui le payement qui, suivant l'article 1444 Cod. civ., doit être effectué par acte authentique dans la quinzaine de la prononciation (ou qui, du moins, doit être provoqué dans ce délai par des poursuites judiciaires dirigées contre qui de droit); elle ne peut non plus commencer ni continuer contre lui les poursuites exigées par le même article, puisque l'art. 494, Cod. comm., veut que toutes poursuites contre le failli soient dirigées contre les syndics. Il ne lui reste enfin aucune voie d'exécution ordinaire sur les biens de son époux, puisqu'il s'en trouve dépossédé.

« Dans cet état de choses, la femme ne peut que se pourvoir dans la faillite, et après s'être conformée aux dispositions de l'article 872 Cod. proc. civ., elle doit remettre son jugement aux syndics, en y joignant l'état de ses reprises et ses titres. Or, dès que les syndics ont admis la femme au passif de la faillite pour une somme quelconque, il en résultera la preuve qu'ils ont connu le jugement et y ont acquiescé.

« Par là les syndics se rendent non recevables à argumenter de la disposition de l'article 156, même dans le cas où il n'y a pas eu exécution suffisante par la remise que la femme leur a faite. En effet, il n'y a que la partie condamnée qui puisse se prévaloir de la disposition de cet article; or, elle perd cet avantage dès qu'elle annonce par un acte quelconque qu'elle a connaissance du jugement et qu'elle y acquiesce. Il doit en être, par parité de raison, du cas d'exécution prévu par l'article 156, comme de celui de l'article 159, dans lequel on admet généralement que le condamné qui demande un délai, ou qui paye un à-compte, ou enfin qui fait tout autre acte d'où il résulte la preuve que le jugement lui est connu et qu'il entend s'y soumettre, devient non-recevable dans l'opposition, comme si le jugement avait été exécuté contre lui par les voies de droit; son acquiescement opère une exécution volontaire qui, à plus forte raison, produit les mêmes effets que l'exécution forcée. Ce que l'on dit ici de l'opposition s'applique évidemment au cas d'acquiescement à un jugement par défaut de la part du condamné; aussi les rédacteurs des ANNALES

DU NOTARIAT disent-ils formellement (*V.* t. 15, p. 200) que *l'acte par lequel le débiteur* déclare avoir connaissance du jugement, empêche la péremption, parce que le véritable et l'unique motif de l'article 156 a été de ne pas laisser le débiteur dans les liens d'un jugement qu'il pourrait ignorer, ni l'exposer à la surprise d'une exécution inopinée.

« Il suit de ces observations que la femme placée dans les circonstances où nous la supposons peut opposer aux syndics, qui, nous le répétons, représentent son mari, la fin de non-recevoir qu'elle serait si bien fondée à opposer à ce dernier; et cela, quand même on voudrait soutenir que le jugement de séparation de biens qu'elle a obtenu n'aurait pas été suffisamment exécuté par a remise du jugement et son admission au passif de la faillite.

« D'un autre côté, et comme il a été décidé par arrêt de la Cour de Paris du 21 mai 1812 (t. 12, p. 558), les créanciers, dès que la faillite est déclarée, ne peuvent agir individuellement, soit contre le failli, soit *contre des tiers*. Ils doivent procéder par le ministère des syndics, et sous leurs noms; par conséquent, aucun d'entre eux ne peut se pourvoir contre le jugement obtenu par la femme.

« D'ailleurs, en supposant qu'un créancier eût cette faculté, l'exécution donnée au jugement par la remise que la femme en a faite aux syndics, l'acquiescement donné par eux à ce jugement, au moyen de l'admission des reprises de cette femme au passif, seraient aussi valablement opposés à ce créancier qu'ils le seraient aux syndics eux-mêmes, puisque ceux-ci représentent et la masse des créanciers et chacun des membres qui la composent. »

3° *Comment aura lieu l'exécution si, par défaut, une mesure d'instruction est ordonnée?*

Un arbitrage est ordonné par défaut, le jugement qui contient le nom des arbitres est signifié, les arbitres statuent; dans une position ainsi établie, le 7 juin 1814, la Cour de Paris a décidé que le jugement qui avait ordonné l'arbitrage était périmé; en rapportant cet arrêt, M. COFFINIÈRES a dit que « l'appli-« cation des art. 158 et 159 C. pr. civ., n'était pas trop possible dans l'espèce « où le tribunal n'ayant prononcé aucune condamnation, l'on ne pouvait diri « ger contre le défaillant aucun des actes rigoureux indiqués dans l'art. 159, « et que dans des circonstances semblables, l'exécution littérale des deux ar « ticles cités tendrait nécessairement à faire périmer les jugements par défaut « entre les mains de la partie qui les a obtenus, puisqu'il n'existe d'autre « moyen d'en obtenir l'exécution que de les signifier à la partie défaillante avec « sommation d'y satisfaire (*J. Av.* t. 15, p. 388). » Ces raisons nous paraissent péremptoires; à l'appui nous citerons un arrêt de la Cour de Nîmes, du 10 fév. 1809 (*J. Av.* t. 16, p. 469), et les décisions rendues dans des espèces analogues que nous allons examiner.

Le 13 fév. 1828, la Cour de Bruxelles a regardé comme exécution suffisante l'un jugement par défaut portant nomination d'experts dans le cas où es parties n'en choisiraient point, la sommation faite au défendeur de désigner les experts dans les trois jours de la signification du jugement, à peine le voir opérer ceux choisis par le juge. (*J.* de cette cour, t. 2 de 1828, p. 265.

C'est ainsi qu'il a été jugé le 30 août 1831, par la Cour de Bourges (*J. Av.*, *t.* 43, p. 709), qu'un jugement par défaut qui ordonne une enquête est réputé exécuté si celui qui l'a obtenu l'a signifié au défaillant pour être présent à l'enquête. Nous ajouterons qu'en ce cas, dans le délai de six mois, le demandeur doit provoquer l'ouverture de l'enquête par l'obtention d'une ordonnance du juge commissaire, et signifier cette ordonnance au défendeur. (V. Q. 1004.)

Le 2 fév. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 296), la Cour de Colmar a décidé qu'un jugement par défaut qui ordonnait la vente des biens d'une succession était réputé

exécuté, après les significations des divers actes de la procédure et la vente, quoique cette vente elle-même soit plus tard annulée pour défaut d'observations de toutes les formalités.

La Cour de Toulouse a fait une saine application des mêmes principes en décidant, le 10 mars 1831, que l'exécution d'un jugement par défaut qui ordonne un partage est suffisante, lorsque la partie qui l'a obtenu a, dans les six mois, fait rendre un jugement nommant un nouveau juge commissaire, et a présenté requête à ce juge, aux fins d'indiquer le jour où il recevra le serment des experts (*J. Av.*, t. 41, p. 658). M. REYNAUD, p. 227, adopte aussi cette opinion.

Toujours dans la même entente du sens de l'art. 159, la Cour de Grenoble a jugé, le 17 déc. 1827, que l'opposition formée à un arrêt par défaut faute de constituer avoué, et qui permet de continuer des poursuites, n'est plus recevable, lorsqu'il y a eu apposition et notification de placards (*J. Av.*, t. 35, p. 130).

Les principes que nous venons de poser résistent à une solution que nous avons trouvée dans les manuscrits de M. Carré; la voici textuellement :

« Nous pensons que le jugement par défaut rendu en exécution de l'art. 153 du Cod. de pr. ne peut être déclaré périmé en conformité de l'art. 156 de ce même code, attendu que cet article ne peut s'appliquer qu'aux jugements qui prononcent sur la contestation introduite par l'exploit d'ajournement, et qui sont susceptibles d'être exécutés sur les biens, ou même sur la personne du condamné. C'est ce qui résulte du texte même de cet article combiné avec tous ceux qui s'y rattachent, et notamment avec l'art. 159. Ce qui achève de prouver que c'est ainsi que doit s'entendre l'art. 156, c'est qu'évidemment un jugement qui ordonne la jonction du profit de défaut, n'est pas susceptible d'opposition (*Voy. Question* 630), attendu qu'il ne prononce rien sur le fond, et que la nouvelle assignation donnée au défaillant lui offre l'occasion de faire valoir tous ses moyens de défense. Lors même donc que l'assignation serait donnée après le délai de six mois fixé par l'art. 156, la partie ne souffre point le préjudice que lui causerait une exécution inopinée et subite sur ses biens; elle est toujours à temps de se défendre, et la péremption n'aurait aucun motif, puisque le fond n'étant pas jugé il y aurait lieu en tout temps, jusqu'à prescription de l'action, à renouveler la demande. La péremption n'aurait donc d'autre effet que de multiplier les frais et les lenteurs, ce qui est absolument opposé à l'esprit du législateur. »

Une question plus délicate encore sera celle-ci :

La péremption de l'art. 156 *est-elle applicable au jugement par défaut rendu sur une reprise d'instance ?* (Art. 350 C. p. c.)

Dans une dissertation fort bien faite, M SIREY, t. 25, 2e part., p. 247, décide la négative; voici ses principaux motifs

1° La péremption ou annulation d'un jugement, ne doit être prononcée qu par un texte formel, et il n'y a pas de texte formel qui prononce la péremption d'un jugement par défaut rendu dans le cas de l'art. 350.

2° On ne peut appliquer à ce cas, comme règle générale et de droit commun, l'art. 156 Cod. pr. c., 1° parce qu'il est lui-même une disposition exorbitante qui doit être rigoureusement renfermée dans ses termes; 2° parce que certaines formalités prescrites comme complément de l'art. 350, ne s'accordent point avec celles des articles 156 et suivants; en effet, l'opposition contre le jugement par défaut, dans le cas de l'art. 350, n'est recevable que pendant la huitaine de la signification, soit à avoué, soit à personne ou domicile (*Voy.* LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure*), tandis que l'art. 158 autorise l'opposition pendant la huitaine, à partir de l'exécution; parce qu'enfin, dans une instance commencée, suspendue et reprise, le jugement rendu par défaut con-

tre la partie, sur la reprise d'instance, n'est pas, à proprement parler, un jugement par défaut contre partie qui n'a pas constitué avoué; que c'est un jugement par défaut contre partie qui a constitué avoué dans le principe de l'instance, *mais qui n'a pas constitué un nouvel avoué* après le décès du premier et la reprise d'instance; d'où il suit que l'art. 350 se rapportant à un cas différent de celui de l'art. 156, ne peut être régi par le principe que pose ce dernier article, relativement à la péremption des jugements par défaut.

3° Il résulte des art. 153, 156, 159 et 165 Cod. pr. c., que le législateur a voulu étendre ou restreindre le délai de l'opposition aux jugements par défaut, selon que la partie condamnée a plus ou moins connu l'instance; or, quand il y a eu constitution d'avoué dans l'instance commencée et suspendue par le décès de l'avoué, s'il est vrai que la condamnation qui intervient par défaut, après reprise d'instance, puisse être inconnue, au moins peut-on dire que la partie a connu l'instance et qu'elle a pu et même dû s'enquérir s'il y avait jugement.

On voit que M. Sirey s'est préoccupé des inconvéments signalés par M. Carré, et que ses objections doivent tomber devant les principes généraux que nous avons posés et qui coordonnent entre elles les diverses parties de notre procédure.

Aussi la Cour de Nîmes, le 30 août 1829 (*J.Av.*, t. 37, p. 297), a-t-elle reconnu la vérité, la nécessité de ces principes dans un arrêt fortement motivé et dont nous croyons devoir donner le texte

« Attendu que pour obvier à la possibilité d'une fraude trop souvent répétée avant le Code de procédure, le législateur, par son art. 156, a exigé que la signification d'un jugement rendu par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué, soit faite par un huissier commis, et que par son article 350 il a rendu cette disposition commune aux jugements par défaut rendus sur une demande en reprise d'instance;—Attendu qu'un pareil jugement est susceptible d'exécution; qu'il peut en recevoir une d'abord par l'effet de cette signification, faite par un huissier commis, moyen indiqué à celui qui a obtenu ce jugement pour en donner connaissance à la partie défaillante, et la mettre à même de pouvoir y former opposition, et que ce jugement peut encore recevoir un second mode d'exécution par la suite qui serait donnée à l'instance dont il ordonne la reprise, l'art. 349 portant qu'il y sera procédé sur les derniers errements, et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir;—Attendu que le jugement en reprise, dont il s'agit, n'a pas été signifié dans les six mois de son obtention, et que dès lors, aux termes de l'art. 156, qui, sans distinction, frappe de nullité tous les jugements par défaut rendus contre une partie qui n'a pas constitué avoué, et non exécutés dans les six mois, ce jugement en reprise d'instance doit être considéré comme non-avenu, et comme n'ayant eu, pendant aucun temps, cette sorte d'existence, qui momentanément, du moins, selon la partie de Plagniol, aurait suffi pour interrompre la péremption qu'on lui oppose, puisque ce qui est nul ne peut produire aucun effet utile, et qu'un jugement non-avenu et un jugement nul sont absolument identiques;—Attendu, en fait, qu'il est justifié, que depuis l'instance d'appel dont la péremption est demandée, trois années se sont écoulées sans qu'aucune poursuite ait été continuée pendant ce période de temps; par ces motifs, déclare périmé et non-avenu, l'arrêt en défaut prononçant la reprise d'instance, et par suite, éteinte et périmée l'instance d'appel. »

Un arrêt de la Cour de Bourges, du 19 avril 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 194, a décidé qu'un jugement par défaut portant autorisation d'une femme mariée, n'était pas perimé faute d'exécution dans les six mois. Cette décision est basée

sur ce que c'est après une simple sommation que l'autorisation est accordée par le tribunal; il y a certains cas où la signification au mari nous paraîtrait d'une haute importance : nous distinguerions le cas où la femme serait demanderesse, de celui où elle serait attaquée.

1° *En matière de saisie-arrêt, dans quelle position se trouvera placé le débiteur saisi, et quelles seront les voies d'exécution ?*

Sur cette question, comme sur toutes celles qui naissent de l'application de l'art. 159, il faut admettre que la loi n'a voulu que ce qui était possible, et partant de ce principe, examiner quelles voies devra suivre un créancier en matière de saisie-arrêt, contre un débiteur toujours défaillant.

Une distinction doit être tranchée, entre les jugements par défaut qui sont mis à exécution par la voie de saisie-arrêt, et les jugements par défaut qui valident une instance de cette nature; dans le premier cas, tout dépend des circonstances. La solution résultera invinciblement des principes que nous posons au § 3, *infrà*, p. 113). Dans le second, la difficulté est très sérieuse.

M. ROGER, *Traité de la saisie-arrêt*, p. 321, n° 539, transcrit, sans changer un seul mot, l'opinion de M. CARRÉ (*V.* ci-dessus, p. 96, not. 2). Il ajoute: « quant au jugement pris simultanément par défaut et contre le saisi à l'égard « duquel il reconnaît la saisie-arrêt valable, et contre le tiers saisi qu'il dé- « clare débiteur pur et simple des causes de la saisie pour défaut de déclara- « tion, ou qu'il déclare devoir être réputé tel s'il n'en fait pas dans un délai « déterminé; il faut revenir aux principes généraux posés par l'art. 159. En « conséquence, on devra l'exécuter contre l'un et l'autre, et de manière que « l'exécution soit connue des deux, afin qu'il échappe à la péremption de six « mois, ou qu'il devienne non susceptible d'opposition. »

Comme MM. Carré et Roger, nous approuvons la doctrine de l'arrêt de Turin du 17 janv. 1810, et nous pensons également avec ce dernier auteur, que si le tiers-saisi est condamné par défaut, on rentre forcément dans l'application des principes généraux

Si le tiers-saisi a payé entre les mains du créancier saisissant, on ne pourra pas dire que ce n'est pas une exécution suffisante; elle nous paraît complète comme celle que nous avons citée, *suprà*, p. 102, § 1er; seulement nous admettons, en ce cas, l'opposition du saisi jusqu'à ce qu'il résulte d'un acte quelconque qu'il a eu connaissance de cette exécution (1); le paiement fait par le tiers-saisi sera définitif, quant à lui: si le débiteur prétendu prouve, après son opposition, qu'il ne devait rien, il aura une action contre celui qui aura reçu du tiers-saisi. Faisons remarquer qu'un procès-verbal de carence fait contre le saisi n'obvierait point à cet inconvénient, par ce motif qu'on va lire. *infrà*, p. 112, du § 2, qu'un procès-verbal de carence peut bien suffire pour empêcher la péremption, mais ne peut fermer la voie d'opposition à la partie condamnée qu'autant qu'il résulte d'un acte quelconque qu'elle a eu connaissance de ce mode d'exécution.

Lorsqu'après le jugement ordonnant le paiement des sommes déclarées dues par le tiers-saisi, une distribution a été ouverte, le créancier doit y appeler par un nouvel acte son débiteur défaillant; la procédure de saisie-arrêt, quoique suivie par défaut, ne pourra pas tomber en péremption, si les actes nécessaires pour la mener à fin ont été faits dans le délai de six mois à dater du jugement de validité, et ont été successivement notifiés au débiteur défaillant.

Comme on l'a vu, M. Roger a supposé le cas où le jugement qui valide la

---

(1) M. *Boncenne*, t. 3, p. 82 et suiv., s'élève contre cette opinion qu'il qualifie de *protectrice de l'art de fuite et de péremption*

saisie-arrêt renferme en même temps la condamnation au paiement de la somme qui a donné lieu à cette saisie; nous pensons, comme lui, qu'alors c'est encore aux règles générales qu'il faut recourir, en ce qui concerne la condamnation au paiement, et que les principes que nous venons de poser sur le mode d'exécution du jugement qui a validé la saisie-arrêt sont applicables, pour la question de péremption relative à cette voie de procédure. (*V.* encore ci-dessous p. 113 du § 3.) Il est bien évident que si le jugement portant condamnation était périmé faute d'exécution sur les meubles ou les immeubles du débiteur, la saisie-arrêt tomberait elle-même, parce qu'elle n'aurait plus d'objet; elle ne devrait alors être considérée que comme l'accessoire de la condamnation principale.

Si la saisie-arrêt porte sur des objets corporels dont la vente doit être faite, nous pensons avec M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 364, que l'art. 159 sera applicable en ce sens, que le jugement ne sera réputé exécuté qu'autant que les meubles ou les fruits auront été vendus, et que dans ce cas l'opposition ne sera plus permise (1).

Mais nous ne partageons pas l'opinion de cet auteur, qui comme M. Boncenne, ne permet plus l'opposition après la distribution des deniers; sans revenir sur ce que nous avons déjà dit, nous réfuterons une objection de M. Pigeau qui la puise dans les art. 664, 665 et 1029 du Cod. de proc.

A nos yeux, cette argumentation pèche par la base. Pour pouvoir appliquer ces articles à l'exécution des jugements par défaut, il faudrait décider que l'art. 159 n'est que purement énonciatif et que toute autre voie d'exécution est permise pour forclore la partie défaillante de son droit d'opposition...

Evidemment, les art. 664 et 665 n'ont point eu en vue l'exécution d'un jugement par défaut, mais bien une distribution ordinaire.

Nous ne reconnaîtrions pas non plus une exécution dans un ordre suivi au nom de créanciers porteurs de jugements par défaut sur un tiers détenteur, en ce sens, que cette exécution pût fermer au défaillant la voie d'opposition.

Que devra-t-on décider si le tiers saisi est l'état, le trésor, une caisse publique quelconque? Aucune déclaration ne doit être faite, aux termes de l'art. 569 Cod. proc. civ.; mais un certificat peut être exigé; nous indiquerons au titre de la saisie-arrêt, quelle est la marche légale pour obtenir ce certificat qui doit constater s'il est dû à la partie saisie et énoncer la somme si elle est liquide. Le saisissant après avoir fait signifier au trésor et au saisi le jugement qui valide la saisie doit faire notifier au saisi le certificat délivré par l'agent du trésor, avec sommation d'avoir à assister tel jour au paiement consenti par le caissier; s'il y a des difficultés d'exécution soulevées par le trésor, le saisissant devra toujours les notifier à son débiteur, pour l'informer autant que possible de la marche de la procédure; nous avons déjà dit qu'en cas de distribution, il devra également l'y appeler.

Sans aucun doute, tout tiers saisi a le droit d'opposer la péremption du jugement par défaut validant la saisie, parce que, s'il payait, il s'exposerait à payer deux fois; celui qui exige paiement, doit pouvoir prouver la validité de son titre; le titre du saisissant, c'est le jugement qui valide la saisie et ordonne que le tiers-saisi paiera, entre les mains du demandeur, ce qu'il peut devoir au saisi.

---

(1) M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 364, présente, pour les saisies de rentes, une procédure mixte entre la saisie d'objets corporels mobiliers et la saisie immobilière. Son système ne nous paraît pas admissible; une rente est un meuble, et l'art. 159 veut qu'elle soit vendue pour qu'il y ait exécution. *V. Contrà*, M. CARRÉ, *sup.*, p. 94, note 2.

Mais ce qui devient plus grave, c'est la question de savoir si le tiers-saisi aura le droit de critiquer le titre en vertu duquel a été faite la saisie-arrêt?

Trois positions différentes se présentent : ou elle a eu lieu en vertu d'un acte authentique, d'un jugement, ou le titre était privé, ou il n'y avait qu'une permission du juge.

Dans ces diverses hypothèses, le tiers-saisi pourra-t-il soutenir, soit que l'acte authentique est nul à cause du défaut de pouvoir du notaire, soit que le jugement est périmé faute d'exécution dans les six mois, soit qu'il n'y avait aucune créance sérieuse pouvant donner matière à permission du juge? Nous ne le pensons pas ; ce sont autant d'exceptions personnelles au saisissant, ou du moins qui n'appartiennent qu'au saisissant ou à ses créanciers ; le jugement de validité, voilà l'acte qui doit servir de garantie à un tiers-saisi ; aux termes de l'art 149, le devoir du juge est de vérifier la demande ; c'est au juge à valider ou à ne pas valider la saisie. C'est, armé de son jugement portant validité de la saisie que le créancier se présente, et non point en vertu d'un titre ou d'un jugement antérieur ; si le tiers-saisi a comparu, un jugement joint aura été ordonné et aucune difficulté ne s'élèvera dans ce cas spécial. (*V. suprà*, p. 39, notre *Question* 621, 5°.)

Mais si sur simple ordonnance, la validité de la saisie-arrêt a été prononcée, elle aura dû l'être, quoique cela se pratique autrement à Paris, en l'absence du tiers saisi, et le jugement contiendra et la confirmation de la saisie et la condamnation elle-même formant titre, ou plutôt formant reconnaissance d'un titre préexistant. Si ce jugement n'est suivi d'aucune exécution, alors qu'elle était possible, nous avons décidé qu'il tombait en péremption et que cette péremption entraînait la nullité de la saisie elle-même ; mais que pourra exiger le tiers saisi ? Faudra-t-il que le créancier déjà si malheureux et qui ne sera peut-être pas payé du quart ou du dixième de sa créance fasse une autre procédure évidemment frustratoire, puisqu'il sait que son débiteur ne possède rien ? Faudra-t-il faire dresser un procès-verbal de carence pour le produire au tiers saisi, comme le trésor à Paris l'a souvent exigé ? Nous n'hésitons pas à décider la négative ; par cette double raison, qu'un procès-verbal de carence fait en l'absence du débiteur dans un endroit où il a eu son dernier domicile connu ne prouve rien, et qu'en cas de carence complète, de toute fortune mobilière et immobilière, la saisie-arrêt menée à fin nous paraît être une voie d'exécution suffisante ; seulement, nous admettrons que le tiers-saisi aurait le droit, dans le cas où il apporterait la preuve que des biens mobiliers ou immobiliers appartenant au saisi et connus du saisissant existent, de soutenir que le jugement par défaut doit être déclaré périmé, ainsi que la saisie, parce qu'une exécution conforme à l'article 159 était possible.

En résumé, nous voulons sécurité complète pour le tiers-saisi, mais nous nous élevons contre l'exigence de formes inutiles qu'une précaution méticuleuse voudrait encore ajouter à nos lois de procédure. **Supp. alph.**, *V° Jugement par défaut*, n. 225.

5° *Quelle voie doit-on employer contre le trésor public, les communes, etc., etc.?*

Dans le *Journal des Avoués*, t. 47, p. 397, M. BILLEQUIN a examiné la position spéciale d'un créancier de la régie de l'enregistrement ayant obtenu un jugement par défaut en restitution de droits mal-à-propos perçus, et il a pensé qu'après une signification simple et une signification avec commandement la régie ne pourrait pas opposer la péremption. « La loi, a-t-il ajouté, n'a pas pu « vouloir l'impossible ; elle serait absurde, si d'un côté, elle défendait au créan- « cier d'exécuter le jugement qu'il a obtenu, et si de l'autre elle déclarait ce « créancier déchu, faute par lui d'avoir exécuté dans un certain délai ; ce serait « là un résultat monstrueux contre lequel on ne peut s'élever avec trop d'éner- « gie. Lorsque le créancier a fait pour arriver à l'exécution tout ce qui lui était « légalement possible, le jugement n'est plus susceptible de péremption. »

Nous partageons complètement cette opinion de notre honorable confrère, et nous l'appliquons à tous les cas analogues.

Il résulte des lois spéciales qui sont toutes indiquées à notre titre des saisies-exécutions que, contre l'état où les communes, les voies exécutoires non seulement ne sont pas permises, mais sont défendues. Les créanciers qui obtiennent des jugements contre l'état doivent donc faire deux choses, la première une signification par huissier commis, la seconde, la présentation d'un mémoire spécial, soit au ministre, soit au chef de service de la localité sur récépissé. Si la partie condamnée est une commune, la signification sera faite au maire ou à l'adjoint avec visa, et un mémoire sera présenté au préfet.

Mais M. Billequin va plus loin, et il se demande si la régie est encore dans les délais pour former opposition ; « nous penchons pour la négative, répond-il ; selon nous, il faut, pour être conséquent, ou reconnaître que le commandement équivaut à l'exécution, ou décider que dans les matières spéciales qui « nous occupent, il n'est pas nécessaire que l'*exécution* soit connue ou réputée « telle, et qu'il suffit que le *jugement* le soit. »

Nous n'admettons pas cette solution, quoique nous convenions avec M. Billequin que la signification et le commandement équivalent à une exécution, mais c'est parce que l'exécution est impossible. Il doit en être autrement de l'opposition qui, surtout en matière de deniers publics ou communaux, doit être largement ouverte ; ainsi, tant que l'état par son agent spécial, ou la commune par son maire n'auront pas acquiescé au jugement par défaut, les articles 156, 159 et 162 seront inapplicables et l'opposition pourra être formée. Qu'on veuille bien remarquer que si nous n'admettons pas la péremption du jugement, ce n'est point à-cause d'une exécution régulière, mais à cause d'une impossibilité d'exécuter ; la loi, en ce cas est muette; et tout en reconnaissant qu'il est déplorable qu'un créancier de l'état puisse rester trop long-temps sous le coup d'une opposition tardive, nous devons déclarer que la forclusion du droit de s'opposer n'étant pas en ce cas prévue, ne peut être suppléée.

Disons toutefois, que les jugements par défaut contre l'état et les communes sont fort rares, parce que le ministère public, leur protecteur né, demande habituellement le renvoi au mois pour leur donner le temps de constituer avoué ou de produire et que d'ailleurs les administrations, soit centrales, soit départementales s'empressent ou de former opposition aux jugements qui lèsent des intérêts dont la défense leur est confiée, ou de satisfaire aux condamnations prononcées ; les instructions citées par M. Billequin disent elles-mêmes que sur la signification du jugement, *le receveur devra payer de suite.* Ces dispositions, bien connues des administrateurs, diminuent les inconvénients de l'opinion que nous soutenons à regret. Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 207.

§ 2. *Quel est le caractère spécial des actes d'exécution énumérés dans l'art.* 159 *Cod. proc. civ.?*

La jurisprudence avait d'abord penché pour une interprétation exclusivement limitative; la Cour de Limoges a consacré cette doctrine par un arrêt fortement motivé du 11 août 1821 (1) (*J. Av.*, t. 15, p. 424); cette Cour s'était appuyée du texte d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 nov. 1817, qui ne nous a même pas paru implicite (*J. Av.*, t. 15, p. 407). Mais de nombreux arrêts ont établi d'une manière désormais hors de contestation que l'art. 159 sans être purement énonciatif, n'était pas cependant limitatif dans un sens absolu.

---

(1) Ce n'est pas le dispositif de l'arrêt de la Cour de Limoges que nous blâmons, ce sont ses motifs, parce que cette Cour a eu raison de ne pas considérer un commandement même connu du débiteur, comme un acte d'exécution *V. sup*, p. 94, not. 3, l'opinion de M. Carré.

Un tribunal avait été jusqu'à admettre comme *acte d'exécution*, une signification pure et simple du jugement ; le jugement devait être cassé et il l'a été le 24 juin 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 434).

De nombreux arrêts ont décidé qu'un commandement de payer n'était pas un acte d'exécution, même lorsqu'il était signifié à la personne du débiteur.

V. notre DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE, v° *jugement par défaut*, nos 246 et 249.

Au nombre de ces arrêts, il en est un de la Cour de cassation du 11 nov. 1817 (V. *Loc. cit.*) Cependant les Cours d'Agen, de Poitiers et de Riom ont résisté à cette opinion.

L'arrêt de cette dernière Cour du 12 fév. 1825, longuement motivé, est rapporté au recueil de M. SIREY, t. 25, 2e part., p. 372. (V. *J. Av.*, t. 46, p. 215, l'arrêt de Poitiers.)

Nous adoptons l'opinion de la Cour de cassation, parce que si un commandement annonce le désir, manifeste l'intention d'exécuter, cependant, ce n'est qu'une nouvelle signification du jugement, ce n'est encore qu'un avertissement ; c'est plutôt un acte préalable qu'un acte faisant corps avec l'exécution. Toute contrainte par corps doit être précédée d'un commandement, la contrainte par corps est là une voie d'exécution précédée d'un acte qui, en lui-même, pris isolément, ne peut être considéré comme un acte d'exécution ; autrement, la simple signification qui annonce l'intention d'arriver à une exécution, aurait dû suffire, et elle ne suffit pas. En pareille matière, les limites sont quelquefois bien difficiles à poser, mais la doctrine et la jurisprudence ont pour mission de les indiquer pour éviter les incertitudes, qui, en procédure sont toujours fatales aux intérêts des plaideurs (1).

Cependant, il ne faut jamais exiger que ce qui est possible, comme nous l'avons déjà dit ; aussi approuvons-nous la décision de la Cour de Montpellier du 20 août 1810, qui a jugé qu'il y avait exécution suffisante, lorsque c'était la résistance du saisi qui n'avait pas permis de terminer la vente dans le délai fixé par la loi (*J. Av.*, t. 15, p. 347), ainsi que l'arrêt de la Cour de Besançon du 16 janvier 1811, qui a considéré un jugement comme exécuté, lorsque les meubles du débiteur ayant été soustraits après la saisie, il a été dressé procès-verbal de non-reproduction. (*J. Av.*, t. 14, p. 582.)

Il a été jugé avec raison par deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 23 mars 1825 ; l'autre, de la Cour d'Agen du 17 juin 1831 (*J. Av.*, t. 29, p. 214, et t. 43, p. 519), qu'un procès-verbal de recolement, suivi de vente, était un acte d'exécution (2). Seulement nous devons nous élever contre un des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation qui atténuerait la force de son autorité, et dont elle a du reste elle-même reconnu la faiblesse ; on y lit que l'appréciation des actes pouvant être qualifiée d'exécution ne peut donner prise à cassation ; c'est là une grave erreur que nous devions relever ; en prononçant le 24 juin 1834 la cassation dont nous avons parlé ci-dessus, la Cour a proclamé le principe contraire, comme le philosophe à qui on déniait le mouvement et qui a marché.

La plus grave controverse s'était élevée sur la portée d'un procès-verbal de carence ; maintenant, malgré quelques dissidences assez rares, la jurisprudence décide qu'un acte de cette nature est un acte d'exécution suffisant pour empêcher la péremption de six mois, et reconnaît en même temps que l'opposition est recevable jusqu'à ce qu'il résulte d'un acte quelconque que ce pro-

---

(1) M. REYNAUD, p. 222, pense, au contraire, qu'il n'est pas permis de douter que la péremption n'est plus possible, lorsque le commandement a été remis au défaillant lui-même.

(2) M. REYNAUD, p. 226, approuve cette jurisprudence.

cès-verbal a été connu du débiteur condamné. Pour éviter de donner une nomenclature d'arrêts avec indication des recueils, nous nous contentons de renvoyer à notre DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE, v° *Jugement par défaut*, n°s 259 à 264, 267, 270, 271 et 313, et *J. Av.*, t. 50, p. 120, et t. 53, p. 483. Il est essentiel de remarquer que tous les arrêts supposent que le procès-verbal de carence a pu être fait et a été fait au dernier domicile connu; il est par trop évident que la décision serait différente, si cet acte avait été fait ou à un domicile désert et abandonné (ainsi jugé par arrêt de la Cour de Nancy du 9 mars 1818, *J. Av.*, t. 27, p. 308), ou à un domicile élu pour le paiement d'une lettre de change (arrêt de la même Cour du 21 novembre 1831, *J. Av.*, t. 44, p. 47), ou au parquet du procureur du roi, quoique le débiteur eût un domicile (arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1835. *J. Av.* t. 49, p. 625).

Il a également été décidé qu'un procès-verbal de carence ne pouvait pas suffire, lorsque le débiteur possédait des immeubles (arrêt de Caen du 17 avril 1826, *J. des Arrêts*, de Rouen et Caen, p. 183), à moins que ces immeubles ne fussent sous le séquestre national (arrêt de Bruxelles du 26 janvier 1822, *J. des Arrêts* de cette Cour, t. 1 de 1822, p. 149). *V.* notre *Question* 646

Supp. alpha, V° *Jugement par défaut*, n. 211 et s.

§ 3. — *Quels sont les cas dans lesquels on peut appliquer la disposition qui permet de considérer comme exécution un acte quelconque d'exécution connu du débiteur?*

Il est constant qu'en cas d'exécution de la part du condamné, de reconnaissance du bien jugé, les prévisions des articles 156 et 159 deviennent inutiles, et que l'opposition n'est pas recevable; nous renvoyons pour quelques cas spéciaux où le débiteur soutenait qu'on ne pouvait pas lui opposer un prétendu acquiescement, à NOTRE DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE, v° *Jugement par défaut*, n°s 289, 299, 300, 302 et 303.

Quelles sont les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a admis un acte quelconque d'exécution connu du débiteur?

Le 2 avril 1835, la Cour de Limoges a pensé avec raison qu'il n'y avait pas exécution suffisante dans la signification faite à un avoué qui s'était constitué pour le défaillant depuis le jugement par défaut. (*J. Av.*, t. 52, p. 294.)

Nous ne pouvons adopter l'opinion de notre auteur qui approuve (*suprà* p. 95, not. 1) un arrêt de la Cour de Colmar du 16 décembre 1812. (*J. Av.*, t. 15, p. 375.) Cet arrêt a jugé qu'un jugement n'est pas exécuté par un procès-verbal de capture non suivi d'emprisonnement, lorsque le débiteur s'est échappé des mains de l'huissier. Cet arrêt démontre, selon M. Carré, qu'on doit tenir à la rigueur des textes, et qu'on doit considérer les dispositions de l'article 159 comme limitatives. A nos yeux, s'il était possible d'admettre une semblable interprétation, la loi serait absurde, et comme le dit M. BONCENNE, t. 3, p. 84 et 85, *pour les débiteurs, le jubilé de Moïse recommencerait tous les six mois.*

Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé, le 10 août 1825, que les protestations d'un défendeur à une demande en interdiction, sur le procès-verbal de prise de possession de l'administrateur provisoire, établissent suffisamment que le premier a eu connaissance de l'exécution du jugement par défaut qui nomme le second. (S. t. 26, 1re part. p. 149.)

On peut aussi consulter dans NOTRE DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE, v° *Jugement par défaut*, n°s 309, 257, 272, 250, 307 et 238, divers arrêts qui ont réputé un jugement par défaut exécuté, soit parce que la partie condamnée avait fait des protestations de nullité contre les poursuites dirigées contre elle, soit parce qu'il n'avait été sursis à la vente que sur la demande qu'elle en avait faite par écrit, soit parce qu'elle avait fourni un gardien volontaire des meubles saisis à son domicile, soit parce qu'elle avait arrêté l'huissier par des offres et des menaces d'opposition, soit enfin parce qu'il résultait d'actes de

procédure qu'elle avait connaissance de l'exécution commencée. (*V. infrà* notre *Question* 683.)

En règle générale, nous pensons que si un débiteur possède des biens meubles, ou immeubles, une saisie-arrêt ne pourra pas être considérée comme un acte suffisant d'exécution de la nature de ceux énoncés dans la première partie de l'art. 159; aussi n'en avons-nous pas parlé *suprà* p. 111 au § 2; et nous protestons comme M. Pigeau dans *son Commentaire*, t. 1, p. 364, contre la doctrine contraire consacrée par trois arrêts des 24 février 1825, Cour de Paris; 27 août 1809, Cour de Nîmes; et 21 juin 1822, Cour de Metz; qui ont décidé, le premier, qu'une saisie-arrêt était un acte d'exécution suffisant, et les deux autres, que la notification d'une saisie-arrêt était une preuve légale que l'exécution est connue. (*J. Av.* t. 15, p. 330, t. 24, p. 198, et t. 31, p. 350.)

Les véritables principes sur les effets d'une saisie-arrêt ont été posés par la Cour de cassation dans deux arrêts de cassation, l'un du 30 juin 1812, l'autre du 22 mai 1827 (*J. Av.* t. 15, p. 368, et t. 33, p. 5).

Ces arrêts veulent qu'il y ait constitution d'avoué, de la part du débiteur saisi, pour que l'exécution soit complète (1). C'est ainsi que le 14 janvier 1825, la Cour de Rennes a décidé qu'un jugement par défaut était exécuté, lorsque le créancier avait provoqué le partage d'une hérédité à laquelle était appelé son débiteur et que ce dernier avait constitué avoué (*J. Av.* t. 28, p. 351).

La Cour d'Orléans, dans un arrêt du 5 janvier 1821 (*J. Av.* t. 15, p. 421), n'a pas reconnu les effets attachés à une exécution légale à la vente d'effets de commerce hors la maison du débiteur saisi, en se fondant sur ce que l'article 159 ne voulait parler que des meubles à l'usage ordinaire. Cette distinction ne nous paraît pas pouvoir être suivie, parce que l'expression de la loi est générale; nous ne dissimulons pas cependant, que la raison serait assez portée à l'admettre, en appliquant à ce cas exceptionnel tous les principes relatifs aux saisies-arrêts. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 223 et s.

§ 4. *La connaissance du jugement, de la part du condamné, constatée par un acte quelconque, suffit-elle pour empêcher la péremption.*

La théorie de M. Boncenne ne trouve pour appui dans la jurisprudence, qu'un arrêt de la Cour de Paris, du 29 août 1814, qui entre autres motifs, s'est fondée sur ce qu'il résultait des faits de la cause que la partie défaillante avait exécuté le jugement, motif qui à lui seul suffisait pour entraîner la conviction des magistrats (*J. Av.* t. 15, p. 391 et 392).

La négative au contraire a été jugée dans les termes les plus explicites, par quatre arrêts de la Cour de Colmar, du 16 décembre 1812; de la Cour de Grenoble, du 9 juillet 1819; de la Cour de Limoges, du 11 août 1821; et de la Cour d'Agen, du 17 juin 1831 (*J. Av.* t. 15, p. 376, 416 et 424; et t. 43, p. 519).—Le même principe ressort virtuellement des arrêts de cassation indiqués aux §§ précédents. **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 225 et s.

663 bis. *Lorsque les meubles que l'huissier se présente pour saisir sont sous les scellés, quelle sera la procédure à suivre? Comment le jugement par défaut sera-t-il exécuté?*

M. Carré avait sans doute été consulté sur ces questions, car nous les avons relevées sur ses cartons, écrites de sa main; mais il n'avait pas mentionné la solution qu'il avait adoptée.

La position est bizarre; cependant elle peut se présenter fréquemment; le Code de procédure et le Code civil contiennent divers articles qui nous pa-

(1) Telle est aussi l'opinion de M. Reynaud, p. 224; M. Boncenne, t. 3, p. 82 et suiv. ne paraît pas adopter ce principe. *V. suprà*, p. 108.

raissent tracer une voie régulière que doit suivre le créancier porteur d'un jugement par défaut.

Si ce jugement condamne le défunt, ce n'est pas une saisie-exécution qu'il faut jeter sur les meubles placés sous le scellé.

Les art. 926 et 927 déterminent la forme des oppositions. L'art. 931 prescrit d'appeler les opposants. Les articles suivants règlent le mode de présence à la levée des scellés.

L'article 826 ordonne la vente des meubles de la succession pour payer les dettes, en cas d'opposition de créanciers, conformément aux dispositions des articles 945 et suiv. du Code de proc.

Enfin, en vertu des art. 656 et suiv. du Code de procédure, les deniers provenant de la vente sont distribués entre les mains des créanciers.

Comme l'art. 159 n'exige que la vente des meubles, il est certain que le jugement est réputé exécuté, même avant la distribution par contribution.

Mais supposons que les créanciers qui se sont opposés à la levée des scellés, soient les créanciers d'un des co-héritiers, l'art. 826 du C. civ. n'est plus applicable; c'est l'art. 882 du même Code qui sert de point d'appui à ces créanciers, pour assister au partage des meubles, les saisir à l'instant même, s'ils sont partagés en nature; et si au contraire, ils sont vendus, en saisir-arrêter la valeur entre les mains du commissaire-priseur.]]

[[663 ter. *La déchéance du droit d'opposition résultant de ce que le jugement par défaut a été exécuté dans le sens de l'art. 159, C. pr. c., peut-elle être proposée par celui qui, profitant de l'absence de son débiteur, a, par fraude, obtenu et fait exécuter le jugement par défaut?*

La négative a été décidée par un arrêt du 26 mars 1822 de la Cour d'Amiens (*J. Av.* t. 24, p. 93).

Avant de donner le texte de cet arrêt qui acquiert une plus grande importance, à raison même de l'espèce qui était soumise à la Cour d'Amiens, nous déclarons qu'il a fait aux jugements par défaut une saine application des principes généraux en matière de dol et fraude.

Le dol et la fraude frappent de nullité les actes judiciaires comme les actes extrajudiciaires; la ruse est le corollaire de la violence. Nous avons déjà décidé qu'un jugement par défaut est suffisamment exécuté, soit lorsqu'une partie l'a tenu pour exécuté, soit lorsqu'elle a voulu en empêcher l'exécution par la force; nous pensons que du dol et de la fraude, résulte nécessairement une exception aux dispositions de l'art. 159. *V. suprà* p. 112 et 113, § 2 et 3, et *infrà* p. 118, note 1. Voici le texte de l'arrêt d'Amiens :

« La Cour;—Attendu que pour établir la péremption opposée par elle, la demoiselle Beauchet n'entend pas seulement se prévaloir de l'argument tiré de l'art. 159 C. pr. c.; que, de tous les actes qui lui sont opposés, il n'y en a aucun duquel il puisse résulter nécessairement qu'elle a eu connaissance de l'exécution du jugement par défaut du 22 septembre 1820, mais qu'elle a posé et mis en fait que le jugement avait été obtenu par dol et par fraude;

« Que pour prouver ce dol et cette fraude, elle a appelé l'attention de la Cour, 1° sur une déclaration faite par l'intimé, pour parvenir au partage de la succession des père et mère de l'appelante, et de sa sœur, femme du dit intimé; 2° sur la conduite que ledit intimé a tenue pour faire rendre et pour faire exécuter à son préjudice le jugement par défaut en question;

« Attendu que par cette déclaration, qui se trouve en l'acte de partage de ladite succession, acte passé par devant notaire et dûment enregistré, l'intimé ayant reconnu que l'appelante était alors absente depuis environ quatre années sans avoir donné de ses nouvelles; ayant également reconnu qu'il y avait nécessité qu'elle fût représentée pour la conservation de ses droits, et s'étant

à cet effet constitué et porté fort pour elle, il s'en est suivi que, devenu volontairement le *negotiorum gestor* de ladite appelante, il ne pouvait, nonobstant ses réserves faites à la suite de cet engagement, diriger une action contre ladite appelante, aussi long-temps que son absence se prolongerait, sans faire prendre dans l'intérêt de cette partie, les mêmes précautions qu'il avait jugées nécessaires lors du partage de la succession dont il a été parlé plus haut, c'est-à-dire sans la faire aussi dûment représenter ;

« Attendu que, non seulement ce n'est pas ainsi que l'intimé a procédé, mais qu'il résulte au contraire que l'action qu'il a intentée contre l'appelante, pardevant un tribunal de commerce, quoique rien ne constatât alors, pas plus qu'aujourd hui, que l'objet de la demande la rendît justiciable de ce tribunal, l'a été avec la presque certitude qu'elle ne pourrait avoir connaissance ni de la demande, ni du jugement, ni de l'exécution ;

« Attendu que ce n'est en effet que long-temps après tous les actes qui lui sont opposés que l'appelante a reparu ; qu'aussitôt son apparition, la contrainte par corps a été exercée contre elle, quoique l'intimé fût en possession de la part qui lui revenait dans les successions, au partage desquelles il l'avait représentée, et lorsqu'elle s'était mise en mesure de lui en demander compte ;

« Attendu que le tout, s'étant ainsi passé, a le caractère le plus évident de dol et de fraude, ce qui rend inutile l'examen des autres moyens ;

« Statuant sur l'appel du jugement du 5 mars 1822, met l'appellation et ledit jugement au néant, etc. »]]

666 4. Un acquiescement quelconque, donné par le condamné au jugement par défaut, peut-il équivaloir soit à l'exécution, soit à un acte qui prouve qu'il aurait eu connaissance de l'exécution?

L'affirmative de cette question a été préjugée par la solution de la 650e. (*Voy.* p. 73.) Si, en effet, l'acquiescement est la plus puissante fin de non-recevoir que l'on puisse proposer contre un appel, pourquoi n'aurait-il pas le même effet contre l'opposition? Ainsi le condamné qui demande un délai ou qui paie un à-compte, ou enfin qui fait tout autre acte d'où résulte la preuve que le jugement lui est connu et qu'il entend s'y soumettre, devient non recevable dans l'opposition, comme si le jugement avait été exécuté contre lui par voies de droit : son acquiescement est une exécution volontaire qui, à plus forte raison, produit les mêmes effets que l'exécution forcée (1).

Il est entendu que si l'acquiescement était le résultat d'une erreur de fait, l'opposition resterait ouverte, à la charge de prouver cette erreur : c'est ce qui résulte évidemment des dispositions de l'article 1110 du Cod. civ., qui prononce la nullité des conventions qui seraient la suite d'une erreur tombant sur la substance même de la chose qui en serait l'objet. (2)

---

(1) Tel est aussi le sentiment de M. COFFINIÈRES (*J. A., anc. éd*, t. 7, p. 60); et d'ailleurs il a été jugé que l'opposition n'était plus recevable lorsque le condamné avait reconnu par des lettres l'existence du jugement, avec obligation de s'y soumettre, ou avait lui-même constitué gardien sur la saisie de ses meubles, ou demandé suspension des poursuites. (*Paris*, 25 juin 1810; et 29 août 1814, *S.*, t. 14, p. 241, *Rennes*, 14 août 1813; et *J. Av.*, t. 15, p. 392.)

Ajoutons néanmoins que si l'on veut faire résulter l'acquiescement de paiements faits après le jugement, il devient nécessaire de prouver qu'ils ont été effectués en exécution du jugement lui-même, et non pas seulement en vertu du titre, sans nulle considération de ce jugement. (*Cass.*, 20 juin 1820, *S.*, t. 21, p. 170, *J. Av.*, t. 4, p. 499.) [Aussi nous approuvons un arrêt de la Cour de Paris du 13 mai 1814 (*J. Av.*, t. 15, p. 387), qui a décidé qu'un créancier qui a obtenu un jugement par défaut ne peut être forcé de recevoir les frais de la main d'un tiers.]

(2) Il n'en serait pas de même dans le cas où les frais auraient été payés, mais avec *protestation et réserves*. Le jugement n'en serait pas

D'un autre côté, comme la preuve par témoins de l'acquiescement serait souvent non recevable, la prudence exige que celui qui a obtenu le jugement se procure un acte par écrit constatant cet acquiescement, et qu'on le fasse enregistrer pour en assurer la date.

[[Nous avons déjà donné notre opinion à la *Question* 650, et nous partageons l'avis de M. Carré. Nous pouvons citer deux arrêts favorables des 7 janvier 1812, Cour de Rennes, et 26 août 1812, Cour de Paris (*J. Av.*, t. 15, p. 365 et 374); tel est aussi l'avis de M. REYNAUD, p. 234.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 230, 231.

665. *Supposons qu'une partie condamnée par défaut vienne, après l'expiration des six mois fixés pour la péremption du jugement, se pourvoir par opposition, renonçant ainsi tacitement, ou même renonçant expressément et par délicatesse, à se prévaloir de la péremption, le juge pourrait-il suppléer d'office l'exception résultant de la péremption?*

Il est certain que les motifs d'après lesquels l'article 156 a été porté (le commentaire de cet article, p. 58, et les notes, p. 73), ne se rapportent qu'à l'intérêt privé du condamné, et nullement à l'ordre public : dès lors il est permis à celui-ci de renoncer à un droit qui n'a été introduit qu'en sa faveur. On connaît la maxime fondamentale en matière de renonciation : *Unicuique licet juri in favorem suam introducto renuntiare.*

Il s'agit, d'ailleurs, d'une espèce de prescription. Or, suivant l'article 2220 du Code civil, on peut renoncer *à la prescription acquise*, et le motif qui a dicté cet article est de nature à s'appliquer aussi bien aux péremptions qu'aux prescriptions; les unes et les autres sont des exceptions rigoureuses dont beaucoup de personnes pourraient ne pas entendre se prévaloir : il est donc raisonnable que le magistrat ne soit autorisé à en faire l'application qu'autant que le débiteur les invoque; et si, loin de là, il renonce à en faire usage, la déchéance ne peut plus avoir lieu, à moins que cette renonciation n'ait été faite en fraude des tiers, comme nous l'avons dit sur la *Question* 651 (*V.* Cod. civ., art. 2225). S'il en était autrement, on ferait violence à la conscience du débiteur, et certes, il n'est pas permis de présumer que le législateur ait entendu autoriser, *en matière de péremption*, ce qu'il a expressément interdit *à l'égard des prescriptions* (Cod. civ., art. 2223). Nous tenons donc pour incontestable qu'en aucun cas le juge ne peut suppléer d'office la péremption du jugement prononcée par l'article 156, et qu'en conséquence l'opposition est recevable, nonobstant la péremption acquise (1), lorsque la fin de non-recevoir qui en résulte n'est pas opposée.

[[Nous traitons ces difficultés sous l'article 173, *Q.* 739 bis.]]

---

moins réputé exécuté, parce qu'aux termes de l'art. 137, un jugement n'étant jamais exécutoire par provision pour les dépens, rien ne saurait obliger le condamné à les payer : c'est à lui à empêcher l'exécution, en formant opposition. Ainsi, toutes protestations et réserves étant ici sans objet, il est réputé avoir acquiescé au jugement dont il a eu connaissance. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 544.)

(1) C'est par ces motifs que nous considérons comme mal rendu un jugement de la Cour de Metz, du 26 mai 1819 (*V. S.*, t. 19, 2e part., p. 324, et *J. Av.*, t. 15, p. 415), lequel a déclaré qu'aucun acte conventionnel, aucun acquiescement, ne sauraient rendre à un jugement par défaut prononcé faute de constitution d'avoué, et resté sans exécution pendant six mois, le caractère et les effets de la chose jugée, qu'il avait perdus de plein droit, conformément à l'art. 156.

Cette décision supposerait en effet que la péremption dont il s'agit serait d'*ordre public*, que le juge serait *tenu* de forcer le débiteur à en profiter, malgré la déclaration formelle que ferait celui-ci de ne pas entendre user d'un semblable moyen. Le simple bon sens suffit, à notre avis, pour repousser de telles as-

666. *L'exécution du jugement, faite sans que le condamné ait déclaré former opposition, peut-elle être opposée sous l'appel comme un acquiescement au jugement?*

Non, puisque le jugement rendu par défaut contre une partie qui n'a pas d'avoué, ne peut être entrepris par voie d'opposition que lorsqu'il n'a pas été exécuté, et que, lorsque l'opposition n'est plus recevable, l'article 443 autorise à se pourvoir par appel, en déterminant le délai pour le relever du jour où l'opposition ne sera plus recevable.

Il est donc évident que le défaut d'opposition ne peut avoir l'effet d'un acquiescement. (*Voy.* arrêt de la Cour de Rennes, du 22 septembre 1810, *J. Av.*, t. 15, p. 349.)

[[Il est difficile de concevoir comment on a pu porter une question si simple devant une Cour.]] **Supp alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 237.

667. *Si l'exécution n'a pas eu lieu, par suite d'un empêchement occasioné par le propre fait du défaillant, en sera-t-il de cette circonstance comme de l'acquiescement?*

Le même motif qui a fait décider (*Voy.* tome 1er *Question* 65) que la péremption d'un jugement rendu par une justice de paix, ne peut être acquise si le juge a été empêché de statuer par le fait propre de la partie qui entendrait se prévaloir de cette péremption, nous paraît militer pour l'affirmative de la question que nous venons de poser. (1) V. Q. 4199 *in fine*.

---

sertions, si elles n'étaient pas proscrites par l'art. 2223 du Code civil.

Au reste, le cas prévu dans la précédente question, celui d'un acquiescement au jugement par défaut, se réalise tous les jours, et le plus souvent, le jugement n'est pas exécuté dans les six mois de son obtention. Il faudrait donc, pour être conséquent dans la doctrine consacrée par la Cour de Metz, regarder cet acquiescement comme nul. Il n'est pas douteux cependant que ce même acquiescement confère au jugement la même force que s'il était contradictoire: nous avons vu, note 1re, p. 116, que la jurisprudence est positive sur ce point. Et pourquoi l'est-elle? Parce que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (Cod. civ., art. 1134), et que, dans une matière qui n'intéresse point l'ordre public, rien ne peut empêcher l'effet des renonciations ou acquiescements qui sont l'objet de ces conventions.

Concluons donc que le débiteur qui a renoncé, à quelque époque que ce soit, à la faculté de se prévaloir de l'art. 156, ne peut argumenter de cet article pour prétendre empêcher des suites qu'il a d'avance approuvées, en acquiesçant au jugement, et que s'il renonce au contraire au bénéfice de ce même article en formant opposition au jugement, le tribunal ne peut suppléer cette péremption qu'il ne veut pas invoquer, et doit recevoir son opposition, comme nous le disons sur la question ci-dessus.

A l'instant où nous corrigeons l'épreuve de cette feuille, nous apprenons que la Cour de Rennes, par arrêt de ce jour, 2 janv. 1823, vient de consacrer formellement la doctrine opposée à celle de la Cour de Metz. [*V.* notre *Question* 739 *bis*, et un arrêt d'Orléans du 12 déc. 1811 (*J. Av.*, t. 15, p. 360).]

(1) Ainsi, une résistance quelconque de la part du condamné à l'exécution du jugement dont il connaît l'existence, ainsi que celle des actes de poursuites à fin d'exécution, fonderait une juste fin de non-recevoir contre son opposition. (*Montpellier*, 20 août 1810, *S.*, t. 13, p. 283, et *J. Av.*, t. 15, p. 34.) Ainsi encore, si, dans les espèces des arrêts cités, note 1re de la *Question* 664, il n'y avait pas acquiescement, nous dirions que la fin de non-recevoir resterait du moins fondée sur le motif que ce débiteur eût, par son fait, empêché l'exécution.

Au surplus, on doit tenir pour certain qu'il n'est pas dans l'esprit de la loi de réputer non avenu un jugement par défaut, ou de recevoir l'opposition qui serait formée contre lui, lorsqu'il serait prouvé que le condamné se serait *insidieusement* soustrait à son exécution. En ce cas, comme dans beaucoup de ceux qui ne sont pas énoncés dans l'art. 159, les circonstances pourraient décider de l'effet que devraient produire les différents actes dont on argumenterait, pour fournir la preuve de la connaissance de l'exécution, et l'appréciation de ces circonstances est abandonnée à la prudence des juges. (*Rennes*, 26 mars 1817, *J. Av.*, t. 15. p. 402.) [*V. suprà*, p. 112 et 113, § 2 et 3 notre opinion et la jurisprudence.]

ART. 160. Lorsque le jugement aura été rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable qu'autant qu'elle aura été formée par requête d'avoué à avoué.

[Comm. du Tarif, t. 1, p. 231 à 233, n°s 29 à 37.] Ordonn. de 1667, tit. 35, art. 3.— C. P. C., art. 157, 161, 165.—[Notre Dictionnaire général de Procédure, v^{is} *Dépens*, n° 68, et *Jugement par défaut*, n°s 81, 146, 149, 150, 152, 155, 156 196, 198 et 218.—Devilleneuve, v° *Jugement par défaut*, n°s 109 et 110.—Arm. Dalloz, v^{is} *Appel*, n° 373; *Avoué*, n° 33; *Domaine de l'état*, n° 110; *Jugement par défaut*, n°s 188, 191, 198 et s., 231 et s.—Locré, t. 21, p. 431 n° 87.—QUESTIONS TRAITÉES : La requête exigée par l'art. 160 doit-elle être présentée au président du tribunal? *Q.* 668. — L'opposition est-elle nulle, si elle n'est pas signée d'un avoué? *Q.* 669. — Les exploits de signification d'une requête contenant opposition à un jugement par défaut, sont-ils soumis aux formalités ordinaires des ajournements? *Q.* 670. — L'opposant peut-il être reçu à plaider les moyens d'opposition, s'il n'a pas REFONDU, c'est-à-dire payé les dépens auxquels il a été condamné par le jugement par défaut? *Q.* 671] (1)

CXX. Avant la publication du Code de procédure, les formes de l'opposition aux jugements par défaut variaient suivant les différents usages admis par les tribunaux; mais on était généralement d'accord sur ce principe, que tout opposant doit être prêt à déduire ses moyens, et que, par conséquent, tout ce qui tendrait à traîner la procédure en longueur lui est interdit. La loi nouvelle a tout à la fois consacré ce principe et déterminé les formes de l'opposition. Ces formes, dont l'observation est de rigueur, ont deux marches particulières, l'une pour le défaillant qui a constitué avoué, l'autre pour celui qui n'en a point constitué.

Dans le premier cas, l'opposition n'est recevable, d'après l'article ci-dessus, qu'autant qu'elle a été formée par requête d'avoué à avoué : d'où suit évidemment qu'elle serait rejetée, si elle avait été faite par exploit dans la forme ordinaire. (*Voy.* ci-après, *Question* 670.) Le second cas est réglé par l'article 162.

668. *La requête exigée par l'art.* 160 *doit-elle être présentée au président du tribunal ?*

On dit pour l'affirmative, qu'une requête n'est autre chose qu'un écrit, un placet présenté au président ou au juge qui en fait les fonctions ; que l'article 160 exigeant une requête veut, en conséquence, que l'on fasse une demande en permission de venir à l'audience plaider sur l'opposition, afin qu'il en soit décerné acte. On appuie cette opinion de l'usage de plusieurs parlements.

Mais la Cour de Dijon, devant laquelle on argumentait surtout de l'usage de

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'opposition à un jugement correctionnel obtenu par le ministère public et une partie civile n'est pas nulle, quoique notifiée seulement au procureur du roi, si le jugement n'avait été signifié au prévenu défaillant que par ce magistrat, et non par la partie civile. (*Bourg.* 29 août 1822, *J. Av.*, t. 24, p. 294.) Cet arrêt se fonde sur ce qu'*en cette matière, le ministère de l'avoué n'étant pas obligé, on ne peut communiquer avec le prévenu par cette voie étrangère et indirecte.*

2° Est nulle l'opposition formée à un jugement correctionnel obtenu contre le poursuivant par le prévenu, si elle n'a été signifiée à celui-ci que par acte d'avoué à avoué, encore que le jugement n'ait été signifié que de cette manière au poursuivant défaillant; l'opposition n'en doit pas moins être notifiée à personne ou domicile (même arrêt). — Le principal motif de la Cour de Bourges sur cette seconde question a été, que l'*exemple d'une partie qui aurait fait une mauvaise procédure ne pourrait autoriser un tribunal à valider une procédure vicieuse de la part de son adversaire.*

3° Lorsqu'un jugement par défaut accueille plusieurs chefs de conclusions pris dans l'exploit introductif d'instance, mais omis à l'audience, les chefs de conclusions sont suffisamment repris sur l'opposition, si l'on a conclu au maintien pur et simple du jugement. *Bord.* 2 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 279.)]

l'ancien parlement qu'elle remplace, ne s'est attachée qu'au texte de l'art. 160; et considérant que l'opposition doit être formée par acte d'avoué à avoué, sans que cet article exige d'autres formalités, elle a rejeté la fin de non-recevoir que l'on opposait. (*Voy.* arrêt du 18 août 1810, *J. Av.*, t. 15, p. 346.)

[[Comme l'a fait observer M. BONCENNE, t. 3, p. 134, la Cour de Riom est la seule Cour qui, en s'appuyant sur de vieux usages locaux abrogés par le Code de procédure, ait décidé qu'une ordonnance du juge est encore nécessaire. Ce système a été proscrit avec raison par la Cour de cassation le 3 février 1825 (*J. Av.*, t. 51, p. 503). Les arrêts de la Cour de Riom des 30 mai 1829 et 18 mai 1830 sont rapportés *J. Av.*, t. 44, p. 229 et t. 45, p. 425. (*Voy.* aussi notre titre de la péremption, *Question* 1446.)]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 276 et s.

669. *L'opposition est-elle nulle, si elle n'est pas signée d'un avoué?*

La Cour d'appel de Toulouse, par arrêts des 17 mars 1807 et 2 novembre 1808 (DENEVERS, 1809, 2e part., p. 86; *J. Av.*, t. 5, p. 281 et t. 15, p. 298), s'est prononcée pour l'affirmative, attendu qu'aux termes des articles 160 et 162 du Code de procédure civile, l'opposition doit être formée par requête d'*avoué à avoué*. Or, une requête d'opposition qui n'est signée par aucun avoué, n'est point un acte d'avoué à avoué; et de là suit qu'aux termes des articles précités, l'opposition doit être rejetée, ainsi que toute suite ultérieure.

L'on soutiendrait donc en vain que la requête en opposition ne devrait pas être signée par l'avoué, à peine de nullité; qu'il suffirait qu'elle contînt constitution d'avoué, et qu'elle eût été signifiée à l'avoué de la partie adverse. On répondrait que cette requête est viciée dans *sa substance*, puisqu'elle ne présenterait point le caractère d'une requête d'avoué à avoué.

[[Nous admettons comme conséquence de cette doctrine avec la Cour de Paris, arrêt du 25 mars 1816 (*J. Av.*, t. 15, p. 400), que l'opposition est nulle si elle est signifiée par exploit à domicile, parce qu'alors ce n'est plus un acte d'avoué à avoué. *V.* l'opinion conforme de M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 305, n° 191. *Voy* aussi *J. Av.* t. 28, p. 200, un arrêt du 8 janv. 1824, et la question 680.]]
Supp. alph, V° *Jugement par défaut*, n. 280.

670. *Les exploits de signification d'une requête contenant opposition à un jugement par défaut sont-ils soumis aux formalités ordinaires des ajournements?*

En indiquant les formes auxquelles sont soumises les requêtes à fin d'opposition, l'article 160 n'exige point qu'elles contiennent d'assignation; il prescrit seulement qu'elles seront notifiées par simple acte d'avoué à avoué.

De là suit que les formalités voulues par l'article 61, qui traite *expressément* des exploits d'ajournement, ne sont pas applicables à ces requêtes.

Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles, par arrêt du 22 août 1807 (*J. Av.*, t. 15, p. 300), a rejeté une fin de non-recevoir, tirée de ce que l'exploit de signification de la requête exigeait toutes les formalités prescrites par l'article 61, et notamment *assignation*.

Nous croyons cette décision fondée en droit, et nous en concluons que la requête, comme *acte d'avoué à avoué*, ne doit contenir qu'une simple mention de remise de la copie à l'avoué auquel elle est signifiée, avec la date de la signification par l'huissier-audiencier qui l'a faite.

C'est à la partie qui veut faire prononcer promptement sur l'opposition à suivre l'audience par suite de la requête sur un simple acte, c'est-à-dire par un *à venir*.

On remarquera que cette décision n'est point en contradiction avec celle donnée sur la 657e *Question* : si nous avons dit, sur cette question, que le défaut de date devait faire considérer l'opposition comme non avenue, ce n'a pas

été par des raisons tirées de l'article 61, mais par le motif que rien ne constatait qu'elle eût été formée dans le délai légal. [[*V.* notre opinion sur toutes les significations qui sont faites par acte d'avoué à avoué, au 1er volume, *Question* 282.)]]

671. *L'opposant peut-il être reçu à plaider les moyens d'opposition, s'il n'a pas* REFONDU, *c'est-à-dire payé les dépens auxquels il a été condamné par le jugement par défaut?*

Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, et par induction de l'art. 6 du tit. 11, la jurisprudence avait invariablement fixé l'affirmative de cette question, du moins à l'égard des condamnations prononcées par un jugement rendu faute de constitution d'avoué. Mais il n'en était pas ainsi au sujet des défauts faute de plaider. (*V.* JOUSSE, *sur l'art.* 3 *du tit.* 35 *de l'ordonn., et les Questions de droit de* M. MERLIN, t. 2, p. 605, § 2.)

« Aujourd'hui, dit M. Merlin en son nouveau Répertoire, t. 8, p. 705, la ré-
« fusion des dépens du défaut ne saurait être exigée en aucun cas; cela ré-
« sulte et du silence que garde là-dessus le Code de procédure civile, et de
« l'abrogation que l'art. 1041 de ce Code prononce de toutes les dispositions
« des anciennes lois sur la procédure qu'il ne maintient pas. »

Nous croyons, comme ce savant auteur, que la réfusion des depens ne peut plus être exigée, et nous ne croyons pas en cela qu'on puisse nous opposer ce que nous avons dit sur la 621e *Quest.*, relativement à la faculté de rabattre les défauts. [[Nous n'avons pas partagé l'opinion de M. Carré sur cette faculté de rabattre les défauts, cependant nous avons approuvé l'usage en lui-même.]]

Si, dans l'espèce de cette question, nous avons dit que l'on ne pouvait invoquer l'abrogation prononcée par l'art. 1041, l'on se rappelle que ce n'a été que par le motif que le *rabattement* du défaut paraît être dans l'esprit de la loi, et ne peut causer aucun préjudice aux parties.

Mais il n'en serait pas de même de la réfusion des dépens, qui était une sorte de peine prononcée contre le défaillant; et puisque le Code n'établit point cette peine, il est bien certain que le juge ne peut l'infliger (1).

---

(1) C'est aussi ce qui a été jugé par deux arrêts, l'un de la Cour de Rome, du 17 janvier 1811 (*S.* t. 14, p. 200 et *J. Av.*, t. 9, p. 237), l'autre de la Cour de Limoges, du 19 fév. 1812 (*J. Av.*, t. 18, p. 767).

Remarquons maintenant que, par suite de l'usage où l'on était autrefois de n'admettre l'opposant à plaider ses moyens d'opposition qu'autant qu'il avait préalablement acquitté les frais du défaut, il ne pouvait les recouvrer par l'effet du jugement qui lui aurait accordé gain de cause; par une autre conséquence du même usage, le paiement de ces frais, volontairement effectué avant l'opposition, n'était point considéré comme un acquiescement qui dût la rendre non recevable; et, en effet, le défaillant ne faisait en cela que s'acquitter par avance d'une obligation qui lui était imposée comme une condition de laquelle dépendait l'exercice du droit de s'opposer au jugement.

On demandera s'il n'est pas rigoureusement vrai que ces deux conséquences ont cessé de pouvoir être appliquées, dès que le principe dont elles dérivent n'a pas été maintenu?

Mais on oppose qu'indépendamment du principe abrogé de la réfusion des dépens, l'on doit décider que les frais d'un défaut doivent encore rester à la charge de l'opposant, dans le cas où il obtiendrait gain de cause sur son opposition.

On convient cependant qu'il ne serait pas obligé de les avoir payés pour être admis à plaider; mais l'on dit que s'il s'était présenté sur l'assignation pour faire valoir les moyens qui lui ont valu gain de cause par suite de son opposition, le tribunal ne l'aurait pas condamné par défaut; que ce jugement n'a eu lieu que par suite de sa négligence; et qu'il est juste que le jugement qui intervient sur l'opposition, répète contre lui la condamnation aux dépens du défaut.

Enfin, l'on appuie cette opinion d'un arrêt de la Cour de Nîmes du 15 novembre 1810 (*V. Bibliot. du barr.*, 1811, 2e part., p. 471), qui, ayant à statuer sur la question de

[[Cette question est une de celles sur lesquelles nous n'avons jamais eu dans notre esprit un doute à combattre. Nous partageons complètement l'opinion de M. Carré. C'était aussi l'avis de M. COFFINIÈRES qui a été adopté par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 40, 2e colonne, v° *Opposition au jugement*, § 1er, et BONCENNE, t. 3, p. 128.

Cependant la jurisprudence est dans une complète anarchie, que n'a pas pu faire cesser la Cour de cassation, parce qu'il est difficile qu'une question de quelques francs, dans une matière qui ne touche en rien les attributions des officiers ministériels, soit portée devant elle. En rapportant les arrêts de la Cour de Grenoble, M. Villers déclare *qu'il est de règle constante à cette Cour que les dépens appelés* FRAIS CONTUMACIAUX *soient à la charge du défaillant dans tous les cas.*— Nous nous contenterons de renvoyer par indication au *Journal des Avoués*, t. 9, p. 222, 237 à 240, t. 23, p. 237, t. 25, p. 94, et de citer le texte de l'arrêt le plus récent, celui de la Cour de Caen du 4 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 79). « Considérant, a dit cette Cour, qu'à la vérité l'obligation de la réfusion des dépens imposée par l'ordonnance de 1667 à l'opposant contre un jugement « par défaut, n'a point été renouvelée par le Code de procédure civile, mais « que ce n'est pas un motif pour que la partie qui gagne son procès ne reste « point chargée de ceux de cette nature, ne fût-ce qu'à titre de dommages-« intérêts, lorsque, comme dans l'espèce, le défaillant s'est laissé condamner « sans raison, par caprice ou par désir d'aggraver la position de celui qui doit « en définitif porter la condamnation ; d'où il suit, qu'en condamnant Brunet « aux dépens des causes principale et d'appel, il y a lieu d'en distraire ceux « de l'arrêt par défaut, qui doivent être mis à la charge de la femme Poline. »

En rapportant cet arrêt, nous disions qu'il ne fallait pas confondre les actes ordinaires de la procédure avec les incidents qui sont élevés par l'une des par-

---

savoir si l'opposition du défaillant à la taxe des dépens du défaut, devait opérer une fin de non-recevoir contre l'opposition au jugement lui-même, donne entre autres, pour raison de la négative, que l'on ne peut considérer cette opposition à la taxe comme acquiescement au jugement, *parce que les opposants, devant* toujours *rester soumis au paiement des dépens auxquels le défaut avait donné lieu, pouvaient toujours* avoir intérêt à s'opposer à la taxe qui en avait été faite.

C'est bien préjuger sans doute que l'opposant ne peut être dispensé de payer les frais du défaut.

Mais nous répondons que, dans aucune de ses dispositions, le Code de procédure n'a fait une obligation au juge de condamner aux dépens du défaut l'opposant qui obtiendrait gain de cause sur son opposition ; qu'il suit de là que le législateur a abandonné cette condamnation à la discrétion du juge, parce qu'il a supposé que le défaillant avait pu, par de justes causes, être empêché de comparaître ; que, par conséquent, d'après les circonstances et par exemple, lorsque le défaut aurait occasionné des frais qui lui seraient particuliers, comme dans le cas où il y aurait eu jonction ou réassignation, etc., le tribunal peut les mettre à la charge du défaillant, par compensation ou autrement ; mais il nous paraît certain qu'il n'y est pas obligé.

Quant au paiement des dépens du défaut fait avant l'opposition, nous avons déjà dit, quest. 664, qu'il doit être considéré comme acquiescement au jugement ; en sorte qu'il opérerait une fin de non-recevoir contre l'opposant : c'est en effet ce qui nous semble résulter de la disposition de l'art. 159, qui ne répute le jugement *exécuté* par suite du paiement des frais, que parce qu'elle attache à ce paiement une présomption d'acquiescement.

Néanmoins, l'opposition à la taxe nous semblerait, comme à la Cour de Nîmes (*V. l'arrêt précité*), ne devoir pas être envisagée comme acquiescement ; mais, d'après ce que nous venons de dire, nous n'en donnerons pas pour motif, que les frais du défaut sont toujours à la charge du défaillant ; nous nous fonderons seulement sur cette considération, qui a également concouru à déterminer cette Cour, que le défaillant ; dans l'incertitude de réussir dans son opposition, a un intérêt éventuel à s'opposer à une taxe suivant laquelle il serait obligé de payer, si le jugement à intervenir lui était contraire.

ties; dans ce dernier cas, la partie qui gagne au fond, et cependant a succombé sur un incident, peut être condamnée aux frais de cet incident; ou bien celui qui a formé une demande reconventionnelle peut être condamné à des dépens, quoiqu'il fasse rejeter la demande principale : ainsi jugé par arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 25 janv. 1827. (*J. Av.*, t. 33, p. 54.) Il eût été inutile, dans certains cas, de permettre la voie d'opposition, si une condamnation aux frais devenait plus considérable que la condamnation au principal, et quoiqu'on ne puisse pas nier que quelquefois le défaillant mériterait une condamnation de dépens, parce que, s'il n'a pas comparu, c'est par malveillance, il faut aussi considérer deux choses : 1° que c'était à tort qu'il était cité devant les tribunaux puisqu'il a triomphé; 2° qu'on ne succombe pas, quand en définitive on gagne son procès (art. 130).

En matière criminelle, la difficulté a été prévue et tranchée par un texte L'art. 187 du Code d'instruction criminelle dit : *Néanmoins, les frais de l'expédition, de la signification du jugement par défaut et de l'opposition demeureront à la charge du prévenu.* Et la Cour de cassation a décidé que cette règle était impérative, sans qu'en aucun cas le défaillant pût être dispensé de ces *frais contumaciaux.* — Arrêts des 30 août 1821, 26 août 1825 et 4 juin 1830. (*J. Av.*, t. 28, p. 65 et t. 40, p. 71.) M. BERRIAT SAINT-PRIX, 6e édit., t. 2, p. 451 et 452, professe qu'il *est de toute justice que le défaillant supporte les frais du défaut et que le silence du Code sur ce point ne lui paraît pas suffire pour autoriser une dérogation à une règle d'équité.* Cette règle d'équité était un article de l'ordonnance; s'il en était ainsi, il faudrait rechercher dans l'ordonnance toutes les dispositions d'équité non reproduites par le Code, elles paraîtraient justes et sages aux uns, et mauvaises aux autres, controverses qu'a voulu prévenir le législateur par l'art. 1041 du Code de procédure. M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 304 et 305, émet la même doctrine que M. Berriat Saint-Prix, et il donne à l'appui de son opinion des motifs qui, selon nous, devraient la faire rejeter. Des articles 5, 65 et 331 du Code de procédure qui sont autant d'exceptions à l'art. 130, M. Thomine conclut que toutes ces dispositions n'étant que la conséquence du principe général de justice et de raison, c'est à celui qui occasionne mal à propos des frais à les supporter, les tribunaux doivent faire attention à mettre aux frais de l'opposant qui réussit les frais du premier jugement. C'est précisément parce qu'en procédure les principes ne se suppléent pas, même les principes d'équité, que le législateur a spécifié les exceptions qu'il voulait maintenir et n'a pas reproduit celles qu'il voulait abolir.]] **Supp. alph.**, *V° Jugement par défaut*, 322, 323.

ART. 161. La requête contiendra les moyens (1) d'opposition, à moins que des moyens de défense n'aient été signifiés avant le jugement, auquel cas il suffira de déclarer qu'on les emploie comme moyens d'opposition : l'opposition qui ne sera pas signifiée dans cette forme n'arrêtera pas l'exécution ; elle sera rejetée sur un simple acte et sans qu'il soit besoin d'aucune autre instruction.

T. 75.—[Comm. du Tarif, t. 1, p. 230 et 231, n°s 26 à 28.] C. P.C., art. 157, 160, 437, 1029.—Réglem. du 30 mars 1808, art. 30. [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 151, 180, 183 à 192. — Devilleneuve, v° *Jugement par défaut*, n° 108. — Arm. Dalloz, vi° *Enquête*, n°s 165, 166; *Exploit*, n° 215; *Jugement par défaut*, n°s 188, 191, 202 et s., 218 et s. — Locré, t. 21, p. 431, n° 87. QUESTIONS TRAITÉES — L'obligation d'énoncer les moyens dans la requête est-elle si rigoureuse, qu'on ne puisse y suppléer en se référant à d'autres actes qui les contiendraient? *Q.* 672 — Si la requête d'opposition était dirigée contre un jugement par défaut rendu en matière sommaire, devrait-elle con-

(1) *Moyens*, c'est-à-dire les nullités, exceptions, fins de non-recevoir et moyens du fond. | par lesquels l'opposant se propose de combattre les conclusions de son adversaire.

tenir les moyens? *Q.* 673. — Quand la requête d'opposition a été formée d'une manière irrégulière, arrête-t-elle néanmoins l'exécution du jugement? *Q* 674. — La partie qui forme opposition à un arrêt ou jugement par défaut, peut-elle être condamnée au fond, quoiqu'elle n'ait opposé que des exceptions dilatoires? *Q.* 675 *bis*. — Si l'opposition avait été signifiée avant la notification du jugement, l'avoué n'en serait-il pas moins autorisé à le retirer pour en faire la signification? *Q.* 675] (1)

CXXI. On voit que les dispositions de cet article sont autant de conséquences du principe ci-dessus énoncé dans le commentaire de l'article précédent (*V.* p. 119). Toute opposition qui pécherait contre les règles qu'elles établissent, serait essentiellement vicieuse; mais la nullité n'aurait pas lieu de plein droit, il faudrait la faire prononcer par le juge, à la différence du cas prévu par l'article 162.

162. L'obligation d'énoncer les moyens dans la requête est-elle si rigoureuse, qu'on ne puisse y suppléer en se référant à d'autres actes qui les contiendraient?

La requête, dit l'art. 161, contiendra les moyens d'opposition, à moins que des moyens de défense n'aient été signifiés avant le jugement, auquel cas il suffira de déclarer qu'on les emploie *comme moyens d'opposition*.

Ainsi, le législateur, en prescrivant l'insertion des moyens d'opposition dans la requête, a supposé que le défaillant n'avait d'abord fourni aucuns moyens qui eussent pu donner connaissance à la partie adverse de ceux qu'il entendait opposer à la demande formée par celle-ci.

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° L'opposant qui aurait signifié une requête irrégulière pourrait la renouveler, s'il se trouvait encore dans le délai fixé par l'art. 157; mais si ce délai était expiré, il n'aurait plus cette faculté; et, sur un simple à venir signifié de la part de celui qui aurait obtenu le jugement par défaut, le tribunal, conformément à l'art. 161, déclarerait l'opposition nulle, sans qu'il fût besoin de plaider les moyens du fond. (*Limoges*, 20 fév. 1810, *Ann. du not.*, t. 1, p. 327.) *V.* nos questions 682 et 692 bis.

Nota. Il est entendu que les frais de la première opposition seraient à la charge de l'opposant.

2° Si, au lieu de demander le rejet de l'opposition, pour vice de forme, en ce qu'elle ne contiendrait pas les moyens, on se bornait à conclure au déboutement de l'opposition, en répétant les conclusions de l'exploit introductif, l'irrégularité de l'opposition serait couverte, aux termes de l'art. 173. (*Rennes*, 28 avril 1814, *J. Av.*, t. 12, p. 496.)

3° L'obligation de mentionner dans l'opposition les moyens sur lesquels elle est fondée, n'est pas si rigoureuse, que l'opposant ne puisse faire valoir un moyen qu'il n'y aurait pas développé avec toutes ses circonstances. (*Rennes*, 4 octobre 1811, *J. Av.*, t. 22, p. 269.)

NOTA *de M. Carré*. Nous pensons même que l'on peut faire valoir à l'audience un moyen qui n'aurait pas été énoncé dans la requête, parce que ce n'est que dans le cas d'une requête civile, et quelques autres spécialement désignés par le Code, que l'on ne peut être admis à proposer à l'audience des moyens que l'on aurait négligés d'abord. (*V.* art. 499.) Mais, en ce cas, la signification faite postérieurement à la requête n'entrerait point en taxe, fût-elle même ordonnée par le tribunal. — V. *Exposé des motifs, édit. de Didot*, p. 34.) [Un arrêt de Lyon du 25 mai 1816 a appliqué ce principe, qui nous paraît fort juste ainsi qu'à M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 306, au cas où l'opposant avait inséré dans sa requête des réserves générales. (. *Av.*, t. 13, p. 40, n° 15)]

4° Il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, que la requête en opposition incidente formée contre un arrêt qui a admis une inscription de faux contienne les motifs de l'opposition. (*Besanç.* 6 janv. 1807, t. 15, p. 296, n° 25.)

5° L'opposition formée par le ministère public, au nom de l'Etat ou d'une administration, à un jugement par défaut obtenu par un particulier, doit, sous peine de nullité, être motivée et signifiée au domicile de celui-ci ou de son avoué. (*Bord.* 12 août 1831, *J. Av.*, t. 41, p. 674.)

6° Lorsqu'au contraire la partie défaillante a été le particulier, l'opposition extrajudiciaire doit être réitérée par requête d'avoué signifiée au ministère public agissant comme partie requérante, *Bruxelles*, 3 mai 1826. (*Journal de cette Cour de* 1826, t. 1er p. 412).

Mais il importe peu que ces moyens aient été fournis dans un écrit de défenses ou de toute autre manière; l'essentiel, suivant l'esprit du législateur, c'est que la partie qui a obtenu le jugement ait eu connaissance de ces moyens par un acte ou par un fait quelconque, dont le défaillant fait mention dans la requête d'opposition.

Par cette considération, plusieurs oppositions ont été reçues, quoique la requête ne contînt pas les moyens, et que le défaillant se fût référé à d'autres actes qu'à un écrit de défenses.

Ainsi, 1° La Cour d'appel de Bruxelles, par arrêt du 7 janvier 1808 (*Sirey*, 1808, p. 502), la Cour de Rennes, par arrêt du 5 juin 1811, la Cour de Toulouse, par arrêt du 30 juillet 1834 (*J. Av.*, t. 3, p. 32; t. 15, p. 321; et t. 47, p. 712), ont jugé que l'opposition à un arrêt par défaut était suffisamment motivée, lorsqu'elle se référait à un acte d'appel dans lequel les griefs étaient énoncés.

[[2° La cour de Metz, par arrêt du 10 août 1808 (*J. Av.*, t. 15, p. 310), que l'opposition est valable si elle se réfère aux moyens précédemment signifiés et qui se trouvent au jugement de 1re instance.

3° La Cour d'Aix, par arrêt du 5 février 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 343), que l'opposition était suffisamment motivée, lorsqu'on y avait conclu à l'entérinement des fins prises en première instance, parce que des conclusions motivées avaient été signifiées devant les premiers juges. Opinion conforme de M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 367, et BERRIAT SAINT-PRIX, 6e édit., t. 2, p. 439, note 19. — Cependant le 27 avril 1830, la Cour de Bruxelles (*J. Av.*, t. 40, p. 41), a jugé que ce mode d'indiquer les moyens n'était pas suffisant lorsque l'acte d'appel ne précisait aucun grief, et que l'opposition ne mentionnait pas en quoi les motifs des premiers juges étaient erronés; mais il est évident que l'opposition serait nulle si la requête déclarait employer pour moyens d'opposition, les conclusions prises dans l'exploit d'appel, lorsque cet exploit ne renferme ni conclusions motivées ni grief spécial. (Arrêt de Toulouse, du 21 juillet 1831; *J. Av.*, t. 44, p. 278.)]]

A plus forte raison, lorsqu'un arrêt aurait été rendu par défaut, mais après la signification d'une réponse à griefs, l'opposition qui se référerait à cet écrit serait-elle bien motivée, d'après le texte même de l'art. 161.

Nous ne citons ces espèces que pour servir d'exemple de l'application que l'on peut faire de ce principe consacré par la jurisprudence des arrêts, qu'il n'est pas toujours rigoureusement nécessaire que la requête d'opposition contienne les moyens.

Mais il faut se garder d'étendre les conséquences de ce principe; il a été décidé, par exemple, que le vœu de la loi n'avait pas été rempli dans une requête où l'on avait indiqué pour moyens la violation de tel article du Code civil. (*Bruxelles*, 5 fév. 1811, *S.*, t. 11, 2e part., p. 427, et *J. Av.*, t. 15, p. 355.)

Et en effet, une telle indication, qui ne faisait point connaître les inductions que l'opposant entendait tirer de cet article en faveur de sa cause, ne pouvait équivaloir à celle des moyens qui eussent consisté dans ces inductions mêmes.

[[Nous partageons cette opinion de M. Carré, et nous pouvons citer deux arrêts, l'un de la Cour de Bourges, du 24 août 1808 (*J. Av.*, t. 15, p. 311), qui décide que l'opposition n'est pas suffisamment motivée sur la nullité d'un acte, lorsque cette nullité n'est pas précisée; l'autre de la Cour de Toulouse du 17 décembre 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 279), qui annule une opposition basée uniquement sur ce que le jugement a mal à propos homologué un rapport d'experts qui *fourmille de vices*. Cependant un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 31 janv. 1828 (*Journal* des arrêts de cette cour, t. 1, de 1828, p. 286), a décidé qu'une requête qui indiquerait pour moyen une *prescription d'après tel article cité du code*, était valable, et la même cour a validé une opposition basée sur *la nullité de l'ajournement*, sans expliquer quelle était cette nullité. (*J. Av.*, t. 13, p. 258.)]]

Donner pour moyens les conclusions que le ministère public avait prises, ne nous paraîtrait pas encore une chose suffisante pour remplir le vœu de la loi; il faudrait au moins que les raisons de ces conclusions eussent été consignées dans le jugement. Cependant on pourrait, jusqu'à un certain point, conclure le contraire d'un arrêt rendu par la seconde chambre de la Cour de Rennes, le 29 juin 1809. (*J. Av.*, t. 15, p. 328.)

Résumons, en disant que l'on doit s'en tenir à la considération générale que nous avons posée en commençant, savoir: que l'on ne peut se dispenser d'énoncer les moyens dans la requête, qu'autant qu'elle se référerait à un acte ou à un fait qui porterait en lui-même la preuve irréfragable que ces moyens ont été connus d'avance de la partie qui a obtenu le jugement par défaut. — (*Rennes*, 2e chamb., 5 juillet 1811.) **Supp. alph.** V° *Jugement par défaut*, n. 283 et s.

673. *Si la requête d'opposition était dirigée contre un jugement par défaut, rendu en matière sommaire devrait-elle contenir les moyens?*

Non, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 375, parce que l'art. 405 porte que les affaires sommaires seront jugées à l'audience *sur un simple acte*, sans autres procédures ni *formalités*.

En effet, ajoute cet estimable auteur, si le défendeur ne pouvait pas fournir de moyens par écrit avant le jugement, il ne doit pas avoir cette faculté après le jugement.

On pourrait opposer que l'art. 161 ne distingue point encore les matières ordinaires et les matières sommaires.

Mais on répond que cette distinction est dans l'esprit de la loi, manifesté par la différence des procédures qu'elle a réglées, que l'art. 161 n'exige l'insertion des moyens d'opposition que pour suppléer aux écrits de défense et hâter par ce moyen la décision de la cause; que la preuve en est dans l'article même, qui dispense de l'énonciation des moyens, lorsque les défenses ont été signifiées. Or, dirait-on, l'on n'admet aucune écriture dans les matières sommaires (art. 405), et ce serait les autoriser que d'exiger l'insertion des moyens dans la requête.

Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas devoir adopter l'opinion de M. Pigeau, qui n'est fondée que sur ce que la procédure sommaire n'admet point d'écritures.

En effet, les art. 20 et 437 exigent que l'opposition à un jugement rendu par défaut, dans une justice de paix ou dans un tribunal de commerce, soit motivée, et cependant la procédure, dans ces juridictions, est essentiellement sommaire. Il faut donc en revenir à ce que l'art. 161 ne distingue point, et dire que toute opposition doit contenir ses motifs.

[[Telle est aussi l'opinion que nous avons émise dans notre *Commentaire du tarif*, t. 1, p. 232, n° 35. MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 42, et THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 305, n° 492, sont également de l'avis de M. Carré.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 286.

674. *Quand la requête d'opposition a été formée d'une manière irrégulière, arrête-t-elle néanmoins l'exécution du jugement?*

Il faut rappeler les termes de l'art. 161: ils portent que *l'opposition qui ne sera pas signifiée dans la forme qu'il prescrit, n'arrêtera pas l'exécution; que cette opposition sera rejetée sur un simple acte, et sans qu'il soit besoin d'aucune autre instruction.*

De ces dernières expressions, M. DELAPORTE, t. 1, p. 166 et 167, conclut qu'il est évident que l'on ne peut continuer l'exécution, quoique l'opposition ait été irrégulièrement formée. La raison de cette conséquence est, suivant lui, que la loi prescrit de faire rejeter l'opposition sur un simple acte.

Cette opinion pourrait, en outre, trouver un appui dans la disposition de

l'art. 162, portant que *l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de la faire ordonner*, si le défaillant a laissé passer le délai prescrit pour réitérer l'opposition à un jugement rendu faute de constitution d'avoué.

Or, dirait-on, la disposition de l'art. 161 n'est pas la même; le législateur exige que le juge prononce le rejet de l'opposition: on doit donc, jusque-là, considérer l'opposition dans le cas de cet article, quelque irrégulière qu'elle soit, comme un obstacle à l'exécution du jugement.

Nous ne saurions partager cette opinion. La loi est formelle: elle dit que l'opposition qui ne sera pas faite dans la forme qu'elle indique n'arrêtera pas l'exécution; et, par ces termes, elle exprime que l'exécution continuée non obstant l'opposition, ne pourra être annulée, si le tribunal juge que l'opposition était effectivement irrégulière.

Si, ensuite, le législateur dispose que l'opposition irrégulièrement formée sera rejetée par un simple acte, c'est par le motif que le défendeur à cette opposition ne peut néanmoins être constitué juge de cette irrégularité; c'est parce qu'il est possible que l'opposant la conteste: mais enfin, si sa partie adverse réussit à prouver l'irrégularité, l'exécution sera confirmée, parce que la loi le dit formellement.

[[Le texte de l'art. 161 est tellement formel, que nous avons peine à concevoir l'opinion de M. Delaporte, malgré l'espèce de justification qu'en a présentée M. Carré.—Cependant un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 22 février 1830 (*J. Av.* t. 38, p. 316), nous paraît avoir faussement appliqué l'art. 161. Il s'agissait des frais d'un jugement par défaut qu'on n'avait pas fait entrer en compte, par le motif que ce jugement avait été frappé d'opposition, quoique le demandeur eût soutenu en appel que l'opposition avait été formée après les délais; la Cour de cassation a répondu, qu'*on ne peut attribuer l'autorité de la chose jugée à un jugement par défaut frappé d'opposition, tant qu'il n'a pas été statué sur cette opposition.* Mais alors que deviennent donc ces motifs de l'art. 161: *n'arrête pas l'exécution?* c'est une volonté exprimée en termes généraux et impératifs. L'exécution peut avoir lieu par voie de contrainte, par voie d'inscription, par voie de comptes, etc.; mais c'est toujours une exécution. En un mot, c'est à ses risques et périls que celui qui a obtenu le jugement, poursuit l'exécution du jugement qui n'a pas été frappé d'opposition dans les délais, jusques à ce que le défendeur ait fait statuer sur le mérite de cette opposition, ce qu'il peut obtenir très-promptement. Il eût été à désirer que l'art. 457 contînt une disposition identique à celle de l'art. 161, et on n'aurait pas à déplorer, surtout en matière de saisie immobilière, des appels à toutes fins et n'ayant qu'un but, celui de retarder la procédure. M. BOITARD, t. 1, p. 639, a enseigné ces principes avec une netteté d'expression remarquable.]]

[[**674 bis.** *La partie qui forme opposition à un arrêt de jugement par défaut, peut-elle être condamnée au fond, quoiqu'elle n'ait opposé que des exceptions dilatoires?*

Le 2 niv. an XI, la Cour de cassation a décidé l'affirmative, par le motif qu'il *est de principe que tout opposant doit être prêt à défendre au fond* (*J. Av.* t. 15, p. 288). Nous adoptons complètement cette solution, qui peut seule se coordonner avec les principes relatifs aux effets d'une opposition. *Opposition sur opposition ne vaut, deux oppositions dans la même cause de la part de la même partie sont inadmissibles;* tels sont les principes élémentaires en cette matière; il ne peut pas dépendre de la partie condamnée, de restreindre l'effet de son opposition pour venir soutenir ensuite qu'elle n'a formé qu'une *demi-opposition;* ainsi sur l'opposition qui est un fait indivisible, la partie opposante se défend comme elle l'entend, en la forme ou au fond; mais quoi qu'il advienne, les jugements

qui interviennent sont contradictoires. Il en est ainsi après un défaut-joint. V. notre question 632 *ter*.]]

675. *Si l'opposition avait été signifiée avant la notification du jugement, l'avoué n'en serait-il pas moins autorisé à le retirer, pour en faire la signification?*

Puisqu'en général l'opposition doit arrêter l'exécution du jugement, et opère ainsi de plein droit *le rabattement* du défaut, il est difficile d'apercevoir l'intérêt qu'aurait la partie à faire la signification du jugement. Les frais de retrait et de signification nous semblent donc devoir être considérés comme *frustratoires*, et, suivant les circonstances, être mis à la charge, soit de la partie qui les a faits, soit de son avoué. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 132.) [[Cette solution nous paraît incontestable.]]

ART. 162. Lorsque le jugement aura été rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, l'opposition pourra être formée, soit par acte extrajudiciaire (1), soit par déclaration sur les commandements, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou tout autre acte d'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer avec constitution d'avoué, par requête, dans la huitaine; passé lequel temps elle ne sera plus recevable, et l'exécution sera continuée, sans qu'il soit besoin de le faire ordonner.

Si l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement est décédé, ou ne peut plus postuler, elle fera notifier une nouvelle constitution d'avoué au défaillant, lequel sera tenu, dans les délais ci-dessus, à compter de la signification, de réitérer son opposition par requête, avec constitution d'avoué.

Dans aucun cas les moyens d'opposition fournis postérieurement à la requête n'entreront en taxe.

T. 29 — [Comm. du Tarif. t. 1, p. 230, n° 26 et s.] — C. de P. C., art. 148, 158, 165, 342, 438, 1038. [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Jugement par défaut*, n°s 100, 148, 153, 154, 158, 159 *bis*, 161 à 171, 173 à 177, 179, 195, 201 *bis*, 308 et 338. — DEVILLENEUVE, v° *Jugement par défaut*, n°s 74, 78, 111 à 118, 121 à 124. — Arm. Dalloz, v° *Arbitrage*, n° 1098; *Jugement par défaut*, n°s 188, 190, 228 et s., 231, 243 et s., 264, 317 et s., 330 et s. — Locré, t. 21, p. 90 et 432, n° 88. — QUESTIONS TRAITÉES (2) : Si un huissier se refusait à insérer l'opposition sur un commandement, sur un procès-verbal de saisie, enfin sur tout acte d'exécution qu'il serait chargé de faire, quel moyen resterait au défaillant, soit pour constater son opposition, soit pour empêcher l'huissier de continuer l'exécution? *Q.* 676. — L'opposition sur les actes d'exécution peut-elle être faite par d'autres personnes que par la partie elle-même? *Q.* 677. — Dans les cas qui requièrent urgence, la partie qui a obtenu un jugement par défaut contre une partie qui n'a pas d'avoué et qui s'est déjà rendue opposante par un acte extrajudiciaire, peut-elle faire ordonner que l'opposition sera réitérée par requête avant l'expiration de la huitaine? *Q.* 677 *bis*. — Le délai pour réiterer opposition est-il franc? *Q.* 678. — Mais ce délai ne devra-t-il pas du moins être augmenté à raison de la distance, si l'opposant ne demeure pas dans le lieu où siége le tribunal qui doit connaître de l'opposition? *Q.* 679. — La requête par laquelle l'opposition doit être réitérée pourrait-elle être signifiée à personne ou à domicile? *Q.* 680. — Mais l'opposition à un jugement par défaut contre une partie n'ayant pas d'avoué peut-elle, avant l'exécution, être valablement formée par requête d'avoué à avoué, sans qu'il soit besoin de la faire précéder d'un exploit signifié au domicile de la partie demanderesse? *Q.* 680 *bis*. — Si lors d'un itératif commandement pour procéder à une saisie-exécution, la partie ayant déclaré à l'huissier qu'elle s'opposait à l'exécution, ce dernier se retire sans avoir saisi, cette partie est-elle recevable à former opposition au jugement par défaut jusqu'à l'exécution? *Q.* 681. — L'opposition formée par un acte

---

(1) *Acte extrajudiciaire.* Tous actes ou significations qui ne concernent point un procès actuellement *pendant en justice*.

(2) [Il existe une connexité tellement évidente entre la péremption des jugements par défaut et l'opposition, que nous avons cru devoir traiter sous l'art. 159, *Question* 663, les principales difficultés relatives à cette dernière partie de la matière; ainsi, c'est à la *Question* 663 qu'il faut se reporter pour savoir quand nous admettons l'opposition, dans quel cas dans quel délai, etc.]

extrajudiciaire et non réitérée par requête dans la huitaine, peut-elle être renouvelée si, d'ailleurs, le jugement par défaut ne peut avoir été exécuté? *Q.* 682. — Si l'opposition était formée avant l'expiration du délai par acte extrajudiciaire, mais n'était pas renouvelée dans la huitaine, conformément à l'art. 162, interromprait-elle le cours de la prescription? *Q.* 683. — Si l'opposition à un jugement par défaut était faite dans la forme ordinaire des ajournements, devrait-elle être réitérée en forme de requête? *Q.* 684. — La partie qui forme opposition par exploit d'assignation peut-elle la faire signifier à sa partie adverse au domicile élu dans l'exploit de signification du jugement chez son avoué? *Q.* 684 *bis*.—La requête par laquelle l'opposition à un jugement rendu par les tribunaux ordinaires est réitérée, doit-elle nécessairement contenir assignation ou à venir pour plaider? *Q.* 685. —L'avoué qui a obtenu le jugement par défaut est-il tenu d'occuper pour elle sur l'opposition? *Q.* 686. — Si, depuis la signification du jugement, l'avoué de celui qui a obtenu le jugement par défaut était décédé ou avait cessé d'exercer ses fonctions, comment se ferait la constitution de nouvel avoué ordonnée par l'art. 162? *Q.* 687. — La requête dont il s'agit en l'art. 162 doit être libellée comme celle que prescrit l'art. 161? *Q.* 688. — Lorsque l'avoué du demandeur vient à décéder avant que l'opposition n'ait été formée, faut-il, pour l'appréciation du second paragraphe de l'art. 162, qu'il s'agisse d'un jugement par défaut contre partie? *Q.* 688 *bis*.— Si le défaillant avait à opposer contre la demande des nullités ou des exceptions qui fussent de nature à se couvrir par la défense au fond, pourrait-il les présenter en plaidant, s'il ne les avait pas déduites dans la requête? *Q.* 689.—Si la troisième disposition de l'art 162 porte que les moyens fournis postérieurement à la requête n'entreront point en taxe, s'ensuit-il que l'opposant ne serait pas admis à les faire valoir en plaidant? *Q.* 690.] (1)

CXXII. La loi devait nécessairement fournir à la partie qui n'a pas d'avoué, des moyens de former son opposition, et elle lui a permis de le faire par acte *extrajudiciaire*, et déclaration sur tout acte de poursuites, en exécution du jugement par défaut obtenu contre elle; mais comme il faut que le tribunal qui a rendu ce jugement soit saisi de l'opposition, l'article prescrit de la réitérer dans la forme ordinaire, et accorde à cet effet un délai qui était surtout nécessaire pour les cas fréquents dans lesquels l'opposition doit être portée dans un tribunal éloigné du lieu où l'exécution aurait été entamée.

Faute d'avoir rempli cette obligation dans le délai prescrit, la partie se rend non recevable dans son opposition, et sans avoir besoin d'aucune décision du juge, celle qui a obtenu le jugement peut continuer l'exécution; différence notable entre les cas de notre article et celui de l'article qui précède. **Supp. alph.**, V *Jugement par défaut*, n. 301, 302.

676. *Si un huissier se refusait à insérer l'opposition sur un commandement, sur un procès-verbal de saisie, enfin sur tout acte d'exécution qu'il serait chargé de faire, quel moyen resterait au défaillant, soit pour constater son opposition, soit pour empêcher cet huissier de continuer l'exécution?*

Dans cette circonstance, il nous semble que le défaillant doit s'empresser de faire notifier à celui qui a obtenu le jugement, un acte *extrajudiciaire* contenant son opposition.

Mais, pour arrêter l'exécution, il devrait se pourvoir en référé devant le président du tribunal de première instance, auquel il répéterait sa déclaration de se rendre opposant. Ce magistrat ne pourrait se dispenser d'ordonner le sursis. (V. DEMIAU CROUZILHAC, p. 134.)

Si l'opposant ne se trouvait pas à portée de se pourvoir ainsi, il ne lui res-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La première opposition est suffisamment constatée par la déclaration consignée par l'opposant sur un procès-verbal de saisie-exécution, tant que le procès-verbal n'est pas attaqué par la voie de l'inscription de faux. (*Riom*, 2 août 1818, *J. Av.*, t. 15, p. 413.)

2° La requête d'opposition réitérée dans la huitaine est valable, si elle est signée d'un avoué et signifiée à la réquisition de ce même avoué. (*Montpellier*, 8 janv. 1824, *J. Av.*, t. 28, p. 200.) V. *suprà*, *Q.* 669.

3° Quand la partie défaillante a déclaré, sur un procès-verbal de saisie-exécution, qu'elle se rendait opposante au jugement par défaut, il faut, à peine de nullité, que cette opposition soit réitérée par requête dans la huitaine, de telle sorte qu'une nouvelle opposition formée postérieurement est non-recevable, quoiquelle ait été réitérée dans la forme et dans le délai fixé par la loi. (*Riom*, 2 août 1818, et *Pau*, 3 avril 1837; *J. Av.*, t. 15, p. 413 et t. 53, p. 570.)

terait, selon nous, d'autre moyen de justifier de son opposition et de se pourvoir ensuite contre l'exécution indûment faite, que celui d'une déclaration qu'il ferait de suite chez un notaire; il pourrait même s'inscrire en faux, suivant les circonstances.

[[Cette difficulté ne s'est pas présentée devant les tribunaux, et il est à présumer que jamais un officier ministériel ne s'exposera à ce qu'un refus de cette nature le prive de son état; du reste, nous adoptons toutes les solutions de M. Carré.]]

637. *L'opposition sur les actes d'execution peut-elle être faite par d'autres personnes que par la partie elle-même?*

M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 134, soutient l'affirmative. Suivant lui, la déclaration peut être donnée par *les gens* ou *agents* du défaillant; il insiste même jusqu'à dire que l'huissier pourrait être pris à partie (c'est-à-dire poursuivi en dommages-intérêts), s'il se refusait de consigner une telle déclaration, sous le prétexte qu'on ne lui exhiberait ni ordre, ni mandat écrit de la part de la partie.

Nous partageons cette opinion, mais en restreignant son application à la femme ou à de proches parents de la partie. Elle nous semble, sous cette restriction, conforme à l'équité, parce qu'il pourrait arriver trop souvent que l'on saisît le moment de l'absence du défaillant pour consommer des actes d'exécution dont l'effet, conformément à l'article 159, serait de lui fermer la voie de l'opposition.

Ce sera à la partie à donner suite à la déclaration faite en son nom, en la réitérant dans le délai fixé par l'article 162 (1).

Mais sur une telle déclaration, faite par un tiers, l'huissier suspendra-t-il l'exécution?

Oui, dit M. Demiau Crouzilhac, parce qu'il n'a aucune qualité pour examiner si le tiers a un pouvoir ou un mandat à l'effet de former cette opposition; le tribunal seul peut statuer sur ce point. Au reste, pour se mettre à l'abri de tout reproche, l'huissier pourrait se pourvoir en référé, puisqu'il éprouverait un obstacle à l'exécution qu'il serait chargé de faire.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 48, refuse à toute autre personne qu'à la partie la faculté d'arrêter l'exécution par une opposition; nous pensons avec M. Carré, que dans tous les cas de ce genre, l'huissier agira prudemment en introduisant un référé.]]

[[**637 bis.** *Dans les cas qui requièrent urgence, la partie qui a obtenu un jugement par défaut contre une partie qui n'a pas d'avoué et qui s'est déjà rendue opposante par un acte extra-judiciaire, peut-elle faire ordonner que l'opposition sera réitérée par requête avant l'expiration de la huitaine?*

La Cour de Paris a jugé l'affirmative le 16 janvier 1807 (*J. Av.*, t. 15, p. 295)

On peut invoquer, a dit M. COFFINIÈRES dans sa jurisprudence des cours souveraines, à l'appui de cette décision, le principe général consacré par plusieurs articles, que dans les circonstances qui requièrent célérité, les délais ordinaires peuvent être abrégés par le juge.

Cependant, nous pensons avec M. PIGEAU (*Commentaire*, t. 1, p. 369) que l'article 155 ne permettant pas d'ordonner l'exécution provisoire par un autre jugement que celui qui prononce le défaut; la Cour de Paris a mal jugé. M. Pi-

---

(1) On opposera que la partie pourra désavouer cette déclaration, pour faire une opposition hors du délai, qui commence à courir du jour de la déclaration inscrite sur les actes d'exécution et après l'exécution même.

Nous répondons que cette objection est sans objet, puisque l'exécution d'un jugement peut avoir lieu en présence comme en l'absence de la partie, en sorte que celle-ci ne pourrait profiter de son désaveu.

geau fait observer que son arrêt ayant été rendu sur requête et sans discussion, il ne peut le regarder comme une autorité suffisante.]]

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 308, 309.

678. *Le délai pour réitérer l'opposition est-il franc?*

Oui, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 546, parce que l'article 1033 porte que le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont jamais comptés pour les actes faits à personne ou à domicile. C'est aussi notre opinion, fondée sur ce que l'acte extra-judiciaire, ou la déclaration faite sur un acte d'exécution, est en effet un acte de cette nature (1) [[(*V.* le développement de notre opinion sous l'article 1035, *Question* 3410.)]]

679. *Mais ce délai ne devra-t-il pas du moins être augmenté à raison de la distance, si l'opposant ne demeure pas dans le lieu où siége le tribunal qui doit connaître de l'opposition?*

Il est bien certain que l'article 1033 est applicable, sous ce rapport, au délai pour réitérer l'opposition. Si, comme nous venons de le dire sur la précédente question, note 1, l'on ne doit pas faire la même application à la huitaine, c'est par exception et parce que l'article 162 veut que l'opposition soit réitérée dans ce délai. Quant à l'augmentation à raison des distances, il n'y a point d'exception. Ainsi, nous dirons ici, comme M. Pigeau (*ibidem*), que le délai de huitaine reçoit cette augmentation.

[[M. BONCENNE, t. 3, p. 127 et 128, fait observer qu'à la section du tribunat on avait demandé que l'article 1033, dans sa partie relative aux distances, fût appliqué au cas prévu par l'article 162, et il ajoute : « La difficulté ne parut pas « assez sérieuse au Conseil d'état pour qu'il fût nécessaire de s'en expliquer « spécialement. L'augmentation du délai, à raison de l'éloignement, s'est na- « turellement combinée avec les exigences de l'article 162, et ce n'est plus *l'ob-* « *jet d'une controverse.* » La jurisprudence est uniforme (*V.* notre DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DE PROCÉDURE, V° *Jugement par défaut*, n° 170. *V.* aussi notre *Question* n° 3410.)]]

680. *La requête par laquelle l'opposition doit être réitérée pourrait-elle être signifiée à personne ou à domicile?*

Cette question a été résolue pour l'affirmative par un arrêt de la Cour d'appel de Trèves, du 10 août 1810 (*S.* t. 11, p. 224, 2e part. et *J. Av.*, t. 15, p. 344.)

Les motifs de cette décision ont été que la signification de la requête par acte d'avoué à avoué, n'était prescrite que pour les cas où le jugement par défaut était rendu contre une partie ayant un avoué (*V.* art. 160, *Q.* 669), d'où il résulte que, dans le cas contraire, cette signification peut être faite à partie ou à domicile.

Mais il y a plus: l'article 162 exige seulement une requête d'opposition avec

---

(1) Mais si l'on considère que l'opposition doit être réitérée *dans la huitaine* de l'acte extrajudiciaire ou de la déclaration dont nous venons de parler, l'on pensera, sans doute, qu'il faut appliquer au délai de l'opposition les motifs de la solution donnée sur la question 636, et que conséquemment le jour de l'échéance ne sera pas compris dans ce délai. [Telle est l'opinion de M. BONCENNE, t. 3, p. 127.]

C'est aussi ce qui a été décidé par la Cour de cassation, le 18 avril 1811 (V. *S.*, t. 11, 1re part., p. 232 et *J. Av.*, t. 15, p. 359), et par la Cour de Rennes, le 17 juin 1812, 3e chamb. *J. Av.*, *idem*. [Cependant le contraire a été jugé par deux arrêts, l'un de la Cour d'Orléans du 4 mars 1830, l'autre de la Cour de Bruxelles du 4 mars 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 303).]

constitution d'avoué, sans rien disposer sur la signification de cette requête; ce qui annonce assez que le législateur n'a pas entendu la soumettre absolument à la forme prescrite par l'article 160; en sorte que ce serait ajouter à la loi et créer une nullité qu'elle ne prononce pas, que d'annuler une requête d'opposition signifiée à personne ou à domicile (1).

[[Cette opinion que nous adoptons a été suivie par la Cour de Toulouse le 10 février 1821 (*J. Av.* t. 15, p. 421.)]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut* n. 304, 305.

680 bis. *Mais l'opposition à un jugement par défaut contre une partie n'ayant pas d'avoué peut-elle, avant l'exécution, être valablement formée, par requête d'avoué à avoué, sans qu'il soit besoin de la faire précéder d'un exploit signifié au domicile de la partie demanderesse* (2).

Dans une lettre écrite à M. Carré, retrouvée par nous parmi ses manuscrits, et à laquelle ses nombreuses occupations ne lui avaient pas permis de répondre, M. Venant, avoué distingué de Cosne, soumettait cette question à son savant professeur, et il pensait que l'affirmative devait être tenue pour constante.

Voici un résumé de son système; nous partageons complètement son opinion, par les motifs qu'il a suffisamment développés, et qui du reste ont été sanctionnés par un arrêt de la Cour de Poitiers du 15 janvier 1822. (*J Av.*, t. 24, p. 10.)

« Aux termes de l'art. 155 Cod. proc. civ., les jugements par défaut ne peuvent être exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à personne ou domicile, *s'il n'y a pas eu constitution d'avoué.*

« D'après l'art. 158 du même Code, l'opposition à un jugement rendu dans ce cas, est recevable jusqu'à l'exécution.

« D'après l'art. 159, le jugement est réputé exécuté lorsque les meubles saisis ont été vendus, etc.

« Il résulte de l'esprit et même des termes de l'art. 162, que l'opposition à un jugement rendu contre une partie *n'ayant pas d'avoué*, doit être formée par *requête d'avoué à avoué.*

« Cette opposition recevable, comme on l'a dit plus haut, jusqu'à l'exécution, précède ou suit quelque acte tendant à cette exécution.

« Dans le premier cas, elle est formée, de suite, *par requête d'avoué à avoué.*

« Dans le second, le condamné par défaut peut former son opposition, soit par acte extra-judiciaire, soit par acte sur les commandements, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement ou tout autre acte d'exécution, mais à la charge de la réitérer avec constitution d'avoué, par requête dans la huitaine, passé lequel temps elle n'est plus recevable, et l'exécution doit être continuée, sans qu'il soit besoin de la faire ordonner.

« Les motifs qui ont dirigé le législateur dans la création de ces diverses dispositions sont faciles à sentir.

« Tout citoyen appelé en justice est tenu de se rendre à cet appel.

« Il est tenu de s'y rendre, suivant les cas, ou en personne, ou par l'entremise d'officiers ministériels créés par la loi pour le représenter, mais de manière toujours à ce que justice obtienne soumission et obéissance à ses ordres.

« En matière civile, un délai de huitaine, augmenté suivant la distance du

---

(1) Mais on sent que si la nullité d'une requête signifiée à partie ne peut être opposée, il en serait de même, à plus forte raison, à l'égard de celle qui aurait été formée par acte d'avoué à avoué.

(2) On ne pourrait pas aller jusqu'à décider qu'une opposition formée par de simples conclusions sur le barreau fût admissible (V. arrêt de Rennes, du 10 avril 1810, *J. Av.*, t. 15, p. 343).

domicile de l'assigné, lui est accordé pour se faire représenter par un avoué.

« S'il ne constitue pas avoué, il est donné défaut contre l'assigné et les conclusions du demandeur lui sont adjugées, après avoir été trouvées justes et vérifiées.

« Mais il peut arriver que par diverses circonstances l'assignation ne soit pas parvenue à la connaissance de l'assigné, qu'il n'ait pu dès lors se mettre en défense. Le législateur prévoyant ce cas et celui où l'assigné n'aurait pas reçu la signification du jugement par défaut, malgré les précautions prises pour qu'elle lui parvienne, le législateur lui accorde un premier délai de huitaine à partir de cette signification, pour former opposition au jugement par défaut, et suspend à cet effet l'exécution pendant ce délai ; il provoque le défendeur à se mettre en défense, à constituer avoué enfin, et dans le cas où il ne profite pas de ce bénéfice, il ne lui impose d'autre peine que celle de permettre l'exécution vis-à-vis de lui.

« Cependant, par une indulgence puisée dans cette considération, que la signification du jugement peut être inconnue de l'assigné, il lui ouvre encore un moyen de se mettre en défense, c'est celui de faire plus tard ce qu'il eût pu faire plus tôt, c'est de constituer avoué, et par acte signifié par cet avoué à celui du demandeur, de faire connaître les moyens de défense qu'il oppose à la demande, et ceux de résistance à l'exécution du jugement par défaut.

« Tant que cette exécution n'est pas commencée, l'assigné peut l'empêcher en se mettant en défense, et en présentant ses moyens dans une forme qui puisse engager la cause contradictoirement.

« L'assigné peut négliger d'user de tous ces moyens que la bienveillance du législateur lui a ménagés; dans ce cas, cette bienveillance vient encore l'atteindre, et sur le premier acte d'exécution, il lui permet de former opposition ; il le lui permet sans être obligé de constituer avoué, parce qu'il est possible qu'il soit pris au dépourvu lorsqu'on vient exécuter, et qu'il n'ait pas là à sa disposition un de ces officiers ministériels; mais c'est là le terme de l'indulgence de la loi, et il doit réiterer cette opposition dans un dernier délai de huitaine, avec constitution d'avoué et requête, c'est-à-dire, encore une fois, dans une forme qui puisse engager le debat d'une manière contradictoire et propre à mettre la justice en état de prononcer sur les prétentions respectives des parties. »]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 306.

681. *Si lors d'un itératif commandement pour procéder à une saisie-exécution, la partie ayant déclaré à l'huissier qu'elle s'opposait à l'exécution, ce dernier se retire sans avoir saisi, cette partie est-elle recevable à former opposition au jugement par défaut, jusqu'à l'exécution?*

Le délai de huitaine est pour l'huissier, qui peut, nonobstant l'opposition qui lui est déclarée, saisir-exécuter, quand elle n'a pas été réitérée dans la forme (*Rennes*, 3e chamb., 10 janv. 1816, et *J. Av.*, t. 15; p. 396), sans qu'il soit besoin de recourir à justice pour y être autorisé. (PERRIN, *Traité des nullités*, p. 135.) [[*V.* la question suivante et nos observations.]]

682. *L'opposition formée par acte extra-judiciaire et non réitérée par requête dans la huitaine, peut-elle être renouvelée, si d'ailleurs le jugement par défaut n'a pas encore été exécuté?*

Cette question avait été jugée négativement par deux arrêts de la cour d'appel de Trèves, l'un du 19 avril 1809 (*V. S.*, t. 11, 2e part., p. 216, et *J. Av.*, t. 15, p. 315), l'autre du 11 nov. 1810 (*V. J. Av.*, anc. édit., t. 1, p. 349).

Mais un arrêt de la Cour de cassation, du 18 avril 1811 (D., 1811. 1re part., p. 265; *S.*, même année, p. 232, et *J. Av.*, t. 15, p. 359), a décidé le contraire dans une

espèce où le défaillant avait formé, par acte extra-judiciaire, une opposition, devenue sans effet parce qu'il ne l'avait pas réitérée dans le délai de huitaine.

La Cour a considéré que l'opposant se trouvait encore dans un délai utile, en renouvelant son opposition sur un procès-verbal de saisie, qui était le premier acte d'exécution du jugement (1). V. Q. 684 et 1546 *bis*.

[[Sur cette sérieuse difficulté, la jurisprudence n'est pas fixée. Aux arrêts cités par M. Carré, il faut en ajouter d'autres que nous avons rapportés dans notre *Journal des Avoués*, t. 15, p. 315 et suiv., 349 et 359; t. 26, p. 48; t. 28, p. 163; t. 35, p, 133; t. 43, p. 576; t. 45, p. 601; t. 46, p. 214; t. 49, p. 667 et t. 54, 1er cahiers. Ces derniers sont aussi contradictoires entre eux; il y a plus, la Cour de cassation qui en 1811 avait posé le principe de la recevabilité d'une nouvelle opposition, a jugé le contraire le 3 déc. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 347).

Quoique M. THOMINE-DESMAZURES ait écrit en 1832, il n'a cité que l'arrêt de 1811 dont il adopte la doctrine en se fondant sur les dernières expressions de l'art. 162 qui, portant qu'après le délai l'exécution sera *continuée*, suppose que le délai ne courra que du jour que cette exécution aura été commencée (t. 1, p. 308, n° 191).

Dans les deux opinions, on peut invoquer M. MERLIN qui, dans une consultation insérée au *Recueil* de Sirey, t. 22, p. 249, s'élevait contre l'arrêt de rejet de 1811, et dans son *Répertoire*, t. 17, v° *Opposition à jugement*, a soutenu le système contraire, sans parler cependant de l'arrêt de 1822.

M. BONCENNE, conséquent avec ses principes sur l'exécution légale, résultant selon lui de la simple connaissance de l'existence du jugement, ne peut un instant hésiter : aussi, dans son tome 3, p. 92, 103 et suiv., il présente avec habileté les contradictions du savant auteur du *Répertoire*, et il termine sa discussion en disant :

« Vous le voyez, il y a dans la raison de la loi une sorte de lueur instinctive qui s'échappe de temps en temps du fond des systèmes, et qui finira par s'élever au-dessus de cette métaphysique nuageuse, dans laquelle les textes s'obscurcissent. Si le sens de l'art. 159 devait rester tel qu'on a voulu nous le faire, il faudrait féliciter les législateurs de Genève de l'avoir banni de leur Code.

« Je n'ai plus qu'un mot à ajouter. M. Treilhard disait au corps législatif, en exposant le système de l'art. 159 : « Ainsi disparaîtra pour toujours la possi- « bilité d'une procédure frauduleuse et clandestine, dont l'effet était d'égorger « un citoyen qui ne pouvait se défendre. »

---

(1) On objectait que, lors de la première opposition, le jugement avait été signifié avec commandement ; et que, par suite, la seconde opposition devait être considérée comme non avenue.

Ce moyen a été rejeté, par le motif que, pour priver un défaillant du droit de former opposition, il ne suffit pas qu'il ait eu connaissance du jugement, il faut encore qu'il y ait eu exécution, de la manière expliquée dans les art. 158 et 159 ; circonstance qui ne se trouvait pas dans l'espèce.

Nous ne dissimulerons pas que M. Coffinières (anc. édit. du *Journal des Avoués*, t. 2, p. 111,), a fait plusieurs objections contre cet arrêt, dont la décision a été suivie par la Cour de Colmar (10 janv. 1816), et par celle de Metz (12 fév. 1818). V. *S.*, t. 16, p. 367, et t. 19, p. 137, et *J. Av.*, t. 15, p. 315.) Enfin, la Cour de Rennes, par arrêt du 10 janvier 1816 (V. *Journal*, t. 4, p. 488, et *J. Av.*, t. 15, p. 413), a aussi décidé que l'article 162 suppose le cas où, après la huitaine, ou avant que l'assignation ait été donnée, l'huissier reprend la continuation de l'exécution ; mais que cet article n'empêche pas qu'on ne puisse valablement réitérer cette opposition jusqu'à l'exécution du jugement ; que s'il en était autrement, il serait en contradiction avec la règle générale établie par l'art. 158 ; et appliquant ces motifs à la disposition de l'art. 438, relatif à l'opposition au jugement par défaut du tribunal de commerce, cette Cour a déclaré valable une opposition qui n'avait pas été réitérée avec assignation, dans le délai de trois jours dont parle cet article.

« Je prie qu'on me réponde : La procédure est-elle encore frauduleuse et clandestine, et le citoyen court-il encore le risque d'être égorgé sans pouvoir se défendre, lorsqu'il a formé opposition au jugement par acte extra-judiciaire Et si, après l'avoir ainsi formée, il ne la régularise pas, à qui la faute? Par quelle faveur inconcevable sera-t-il hors des atteintes du délai et de la déchéance? »

Ce n'est pas une faveur, répondons-nous à M. BONCENNE en restant fidèle nous-même au système que nous avons développé, *suprà*, p. 98, *Q.* 663 ; c'est un système complet dont le législateur a voulu harmoniser toutes les parties.

Vous voulez que la connaissance de l'existence seule suffise pour qu'il y ait exécution; dans ce cas, décider que l'opposition non réitérée peut être recommencée serait absurde. Mais si l'on admet que, jusqu'à l'exécution (ce que dit la loi) l'opposition sera recevable, et si cette exécution ne peut jamais être réduite à une connaissance d'existence du jugement, une opposition nulle ou non réitérée ne sera pas plus concluante contre le défaillant qu'une lettre ou tout autre acte.

Ou l'opposition aura été faite sur un acte susceptible d'être qualifié exécution ou commencement d'exécution (V. *Q.* 663) ; alors, elle ne pourra plus être recommencée, si la partie laisse expirer le délai de huitaine sans la réitérer, par ce motif, qu'au moment où elle formulait son opposition par un dire, ou par un acte extra-judiciaire, l'exécution du jugement lui était révélée. Le vœu de la loi était rempli; ce ne sera pas comme opposition que son acte qualifié opposition lui sera opposé, mais comme acte duquel il résultera qu'elle a connu l'exécution.

Ou l'opposition aura lieu avant toute exécution par acte extra-judiciaire, signification, sommation, et même commandement ; dans ce cas, cette opposition non réitérée étant nulle et ne pouvant pas servir pour prouver la connaissance de l'exécution du jugement, une autre opposition pourra être faite, puisqu'en règle générale la loi permet l'opposition jusqu'à l'exécution.

V. infrà p. 144, notre *Q.* 692 *bis.*]] **Supp. alph.**, V° *Jugem. par déf.*, n. 297, 310, 315

683. *Si l'opposition était formée peu de jours avant l'expiration du délai, par acte extrajudiciaire, mais n'était pas renouvelée dans la huitaine, conformément à l'article* 162, *interrompait-elle le cours de la péremption ?*

Il suit de ce que nous avons dit sur la question 663 et sur la précédente, que l'opposition ne peut avoir aucun effet sur le cours du délai, puisqu'elle prouve uniquement la connaissance du jugement, et non pas celle de son exécution.

Cependant, dans ce cas, où l'opposition doit être réitérée dans la huitaine, il y a suspension nécessaire de l'exécution ; et si le dernier jour de la huitaine se trouve être aussi le dernier des six mois, il ne semble pas juste que le créancier souffre de cette impuissance où il se trouve, par le fait du débiteur, de continuer ses poursuites.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que le créancier obligé par la loi d'exécuter dans les six mois, sous la peine qu'elle prononce, a à s'imputer la faute de n'avoir pas été plus diligent. Cette décision nous semblerait avoir été complètement résolue par un arrêt de la Cour de Lyon, du 4 septembre 1810 (*D.*, 1811. 2e part., p. 74, et *J. Av.*, t. 15, p. 349), si, dans l'espèce de cet arrêt, le débiteur n'avait pas laissé écouler huit mois depuis l'opposition, sans reprendre ses poursuites. Mais, indépendamment de cette circonstance, il est facile de reconnaître que les motifs de cet arrêt peuvent être invoqués à l'appui de l'opinion que nous venons d'émettre.

[[Dans l'espèce que suppose M. Carré, il serait peut-être rigoureux de ne pas accorder une augmentation proportionnée de délai au demandeur. (*V.* notre opinion développée sur la *Question* précédente.)]]

684. *Si l'opposition à un jugement par défaut était faite dans la forme ordinaire des ajournements, devrait-elle être réitérée en forme de requête?*

Trois arrêts de la Cour d'appel de Nîmes, rapportés en la *Bibliothèque du barreau* (2e part., 1810, p. 429, et *J. Av.*, t. 15, p. 302), ont décidé cette question pour la négative, attendu que l'art. 162 ne soumet à réitérer l'opposition par requête portant constitution d'avoué, que lorsqu'elle l'a été par acte extrajudiciaire ou déclaration sur un acte d'exécution.

En effet, le législateur n'a pas voulu qu'une simple opposition, ainsi formée *sans y donner suite*, pût arrêter l'exécution des jugements (1). Voy. Q. 682.

[[La jurisprudence n'est pas encore fixée sur cette importante question.

Les Cours de Nîmes (arrêts cités par M. Carré), de Colmar, de Poitiers, de Paris et de Toulouse, par arrêts des 14 novembre 1807, 13 juin 1810, 22 avril et 8 décembre 1825, 20 novembre 1829, 4 mars 1830 et 9 mai 1831, ont décidé que l'opposition était valable. Les Cours de Bordeaux et de Pau en ont, au contraire, prononcé la nullité par arrêts des 30 décembre 1829 et 21 août 1834 (*J. Av.*, t. 15, p. 301; t. 30, p. 35; t. 32, p. 215; t. 38, p. 181 et 296; t. 47, p. 711 et t. 54, 1ers cahiers.)

M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 48, v° *Opposition*, préfère l'opinion des Cours de Nîmes, Colmar, etc.; M. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 307, n° 19, est d'un avis opposé; M. BERRIAT SAINT-PRIX doute.

M. BONCENNE, t. 3, p. 123 et 124, s'élève avec force contre l'avis de MM. Carré et Favard de Langlade. Voici comment il s'exprime : «Une théorie si simple et si bien accommodée à la nature des choses aurait dû être généralement comprise; elle ne l'a point été. A quoi bon cette requête de réitération, a-t-on dit, si, formant mon opposition par un exploit, je l'ai déjà armée d'une constitution d'avoué et d'un ajournement pour procéder devant le tribunal? Et des arrêts ont jugé que dans ce cas, la requête était une superfluité (2).

«On n'a donc pas vu que cette manière d'interpréter la loi faisait deux procès pour un? En effet, l'opposition ainsi formulée et signifiée à la personne ou au domicile de l'adversaire, en faveur de qui le jugement par défaut avait été prononcé, va l'obliger à constituer de nouveau son avoué sur l'ajournement que contient cette signification; c'est une instance particulière qui s'introduit, et, comme l'opposition fait revivre en même temps l'instance primitive, j'ai eu raison de dire qu'il y aura deux instances dont il faudra provoquer la jonction. On ne doit jamais se croire mieux avisé que la loi, *Nec molli animo eam suscipere.*

«Le vœu du législateur se produit pourtant avec assez de clarté dans la disposition qui a prévu les cas de décès, de démission, et tous autres événements par suite desquels la partie qui a obtenu le jugement par défaut, se trouverait privée de son avoué. Alors elle doit en constituer un autre et le faire connaître

---

(1) Mais lorsque l'exploit qui la contient n'est point un simple acte extrajudiciaire, et présente une assignation accompagnée de constitution d'avoué et de toutes les autres formalités d'un ajournement propre à saisir le tribunal qui a prononcé le défaut, de la décision à rendre sur l'opposition, il n'y a plus de raison pour exiger qu'elle soit réitérée. Le double but du législateur est rempli, puisqu'un tel acte présente l'exercice de la faculté donnée au défaillant de s'opposer au jugement par défaut, et d'en arrêter l'exécution, en même temps qu'il ouvre à celui qui avait obtenu le jugement le moyen de poursuivre, sur l'ajournement, une décision qui soit inattaquable.

Mais nous supposons que cet exploit contient les moyens. (V. *Quest.* 672.)

(2) V. notamment ceux de Nîmes, de Toulouse et Riom, rapportés par M. Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. 9, p. 716.

au défaillant, afin que celui-ci puisse réitérer son opposition et signifier sa requête de réitération par acte d'avoué à avoué.

«Le projet de Code portait : « Si l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement « par défaut est décédé, ou ne peut plus postuler, l'opposant sera tenu dans « les délais ci-dessus (la huitaine), de *réitérer* son opposition *par exploit*, qui en « contiendra les moyens, avec assignation à trois jours, en constitution de nou- « vel avoué.

« Sur les observations de la section de législation du tribunat, les rôles des plaideurs furent changés. Une autre rédaction fut proposée; le Conseil d'état l'accepta ; elle compose la seconde partie de l'art. 162.

« Voici ces observations :

« La section croit qu'on doit assujétir la partie qui a obtenu le jugement par « défaut à notifier le décès de son avoué ou la cessation de ses fonctions, au « défaillant, avec constitution de nouvel avoué. L'article suppose que l'oppo- « sition est encore recevable ; il faut donc que le demandeur, qui doit essen- « tiellement avoir un avoué, mette le défendeur à portée de se défendre régu- « lièrement. »

« La section ne voit pas pourquoi ce serait à la partie défaillante à venir s'in- « former si le demandeur a toujours le même avoué.

« Aussi, dans le système de la section, le défendeur ne viendra pas *réitérer* « son opposition *par exploit*, il DEVRA *le faire par requête*. »

« Me permettra-t-on de répéter que la loi serait mieux connue et mieux appliquée, qu'il y aurait moins de contrariété dans la jurisprudence et plus d'accord dans la doctrine, si l'on prenait la peine de remonter aux sources?

« Résumons :

« Autrefois, le défaillant signifiait une simple opposition au jugement qui l'avait condamné ; puis, rassuré par la vertu suspensive de cette manifestation, il attendait que son adversaire vînt l'assigner et le pousser en avant. Le procès recommençait sur nouveaux frais, et le temps s'allongeait, nonobstant la vieille maxime, qui veut que tout opposant soit prêt à plaider.

« Le Code a fait disparaître cet abus : dans la huitaine du jour où l'opposition a été annoncée, soit par une signification extrajudiciaire, soit par une déclaration sur quelque acte d'exécution, elle doit être réitérée par une requête contenant une constitution d'avoué et les moyens de l'opposant. Les choses étant ainsi disposées, un simple *à venir* suffit à l'expédition du procès. »

Cette théorie offre un double inconvénient, le premier d'augmenter inutilement les actes de la procédure et de créer une nullité dont la nécessité ne se ferait même pas sentir, si le législateur voulait modifier l'art. 162.

Les inconvénients que signale M. Boncenne ne sont pas réels.

Le demandeur n'a pas d'avoué à constituer; ce n'est pas une instance nouvelle. Seulement, ce demandeur fera passer la copie de l'exploit d'opposition à son avoué.

L'instance ne se perpétuera pas, parce que l'avoué du demandeur donnera à venir à son confrère constitué par l'exploit d'opposition; et comme un opposant doit toujours être prêt à plaider, l'instance sera promptement vidée.

Le législateur a indiqué la réitération comme un moyen de compléter l'opposition ; le premier acte est plutôt une opposition aux poursuites commencées, qu'une opposition au jugement, proprement dite.

Pour que la réitération soit nécessaire, il faut que l'opposition ait été faite par acte extra-judiciaire, et non par un acte contenant constitution, les moyens d'opposition et ajournement à jour utile, parce que ce n'est plus là un véritable acte extra-judiciaire.

Les observations du tribunat, rapportées par M. Boncenne, ne nous paraissent en aucune manière toucher la difficulté.

L'usage même dont parle cet auteur en finissant, et qui certes était un abus, disparaît aussi bien dans notre opinion que dans la sienne, puisque, par l'exploit d'opposition, un simple à venir doit suffire.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 312 et s.

[[**684** bis. *La partie qui forme opposition par exploit d'assignation, peut-elle la faire signifier à la partie adverse, au domicile élu dans l'exploit de signification du jugement chez son avoué?*

Les Cours de Nîmes et de Paris sont divisées sur cette question : la première décide la négative, 11 decem. 1819 ; la seconde, l'affirmative, 4 mars 1830 (*J. Av.* t. 15, p. 301 ; et t. 38, p. 296).

En règle générale, les significations d'exploit ne peuvent pas être faites au domicile élu. L'art. 68 du Code de procédure veut qu'elles soient faites à personne ou au domicile réel.

C'est seulement par suite d'une convention, ou d'une volonté du législateur, qu'exceptionnellement le domicile élu peut être comparé au domicile réel ; les art. 111 du Code civil, 437, 584 et 805 du Code de procédure nous en offrent des exemples.

Nous ne pensons donc pas que la doctrine de la Cour de Paris puisse être suivie, à moins que la signification du jugement ne soit faite avec commandement tendant à saisie-exécution. (*V.* NOTRE DICTIONNAIRE GÉNÉRAL, *v° Appel*, n° 443 et suiv.)]]

685. *La requête par laquelle l'opposition à un jugement rendu par les tribunaux ordinaires est réitérée, doit-elle nécessairement contenir assignation ou à venir pour plaider ?*

Nous croyons qu'il a été dans l'intention du législateur que la requête fût terminée, soit par assignation si elle est signifiée à partie, soit par à venir si elle l'est à avoué.

Cependant, comme la loi n'exige point, *à peine de nullité*, que cette assignation soit donnée en même temps que la requête, nous ne penserions pas, comme M. DELAPORTE, t. 1, p. 167, que l'omission dût emporter le rejet. D'ailleurs, cette requête porte constitution d'avoué ; ainsi, de part et d'autre, la cause est confiée aux officiers ministériels, dont le concours est nécessaire pour qu'elle puisse être portée à l'audience. Or, quel préjudice l'adversaire de l'opposant éprouverait-il du défaut d'assignation ou d'à venir, puisque lui-même peut sommer d'audience à l'effet de faire statuer sur l'opposition?

[[Nous partageons l'opinion de M. Carré.]]

686. *L'avoué qui a postulé pour la partie qui a obtenu le jugement par défaut est-il tenu d'occuper pour elle sur l'opposition ?*

L'affirmative a été jugée par la Cour de cassation, section des requêtes, le 1er août 1810. (*J. Av.*, t. 5, p. 298.)

Mais il faut remarquer qu'en décidant que le tribunal peut enjoindre à l'avoué qui a postulé au jugement par défaut d'occuper sur l'opposition, la Cour a déclaré que, dans ce cas, il n'était pas sujet à désaveu. (V. *l'article* 352.)

[[M. PIGEAU, *Commentaire*, adopte avec raison cette opinion à l'appui de laquelle il cite l'arrêt de la Cour de Paris qui a été confirmé en 1810.]]

687. *Si, depuis la signification du jugement, l'avoué de celui qui a obtenu le jugement par défaut était décédé ou avait cessé d'exercer ses fonctions, comment se ferait la constitution de nouvel avoué ordonnée par l'art.* 162?

Il faut distinguer si l'opposition a été signifiée à partie ou à avoué avant la cessation des fonctions de celui-ci, ou si elle ne l'a pas encore été.

Dans le premier cas, la constitution du nouvel avoué doit être signifiée à l'avoué constitué dans la requête d'opposition; dans le second cas, elle doit l'être à la personne ou au domicile de la partie.

[[Cette procédure est évidemment la conséquence de l'art. 162. *V.* notre *Question* 688 *bis.*]]

688. *La requête dont il s'agit en l'art.* 162 *doit-elle être libellée comme celle que prescrit l'art.* 161?

De ce que la dernière disposition de l'art. 162 porte que, *dans aucun cas, les moyens d'opposition fournis postérieurement à la requête n'entreront en taxe*, M. DELAPORTE conclut, t. 1, p. 167, que si cette requête ne contenait pas les moyens d'opposition, elle ne serait pas nulle pour cela; que, seulement, l'acte qui les contiendrait n'entrerait point en taxe.

M. DEMIAU-CROUZILHAC pense aussi (p. 135), que l'art. 162 n'exige point impérativement et à peine de nullité que la requête soit libellée, comme l'exige l'art. 161. Ainsi, dit-il, le défaut des moyens dans la requête n'en opérerait pas le rejet.

Les auteurs du *Commentaire* inséré aux ANNALES DU NOTARIAT, t. 1, p. 330, et M. PIGEAU, t. 1, p. 549, disent, au contraire, que la requête dont il s'agit doit contenir les moyens; mais ils ne s'expliquent point positivement sur la question de savoir si c'est à peine de nullité.

Notre opinion est absolument conforme à celle de ces auteurs, relativement à l'obligation d'insérer les moyens. Nous ne voyons, en effet, aucun motif qui eût pu déterminer le législateur à dispenser l'opposant à un jugement par défaut faute de constituer avoué, d'une obligation qu'il a imposée à celui contre lequel le jugement aurait été rendu faute de plaider. Nous trouvons, au contraire, dans les dispositions des art. 20 et 437, la preuve que cette dispense a été bien loin de sa pensée, puisqu'il exige, dans ces deux articles, que l'exploit d'opposition à un jugement rendu par un juge de paix, ou par un tribunal de commerce, contienne les moyens.

Or, le cas est bien le même, puisque tout jugement rendu par un juge de paix, ou par un tribunal de commerce, l'est nécessairement contre partie, le ministère des avoués ne pouvant être employé dans ces juridictions extraordinaires.

Si donc on ne trouve point, dans l'art. 162, une disposition semblable à l'art. 161, c'est que le législateur s'en est référé, pour la forme de la requête, à celle qui est prescrite par cet article. Qu'est-ce, en effet, qu'une requête qui ne contiendrait pas les moyens justificatifs de la demande qu'elle contient? (*V. nouv. Rép.*, au mot *Requête*, n° 1.)

Ces observations nous conduisent à penser que la requête qui, dans l'espèce de la question ci-dessus posée, ne contiendrait que les moyens, devrait être rejetée.

Et loin que la troisième disposition de l'art. 162 puisse fournir un argument contre cette opinion, nous croyons, au contraire, qu'elle concourt à l'établir; car elle comprend évidemment et la requête d'opposition contre un jugement rendu faute de plaider, et celle qui serait notifiée contre un jugement rendu faute de constitution d'avoué. *Dans aucun cas*, dit l'article, *les moyens d'opposition fournis postérieurement à la requête n'entreront en taxe:* donc la loi suppose qu'en tous les cas, soit qu'il s'agisse d'un défaut faute de comparoir ou de plaider, soit que ce défaut ait été prononcé en matière ordinaire ou sommaire, la requête doit contenir les moyens (1).

---

(1) Mais remarquons ici que si la requête d'opposition contre un défaut prononcé en matière sommaire doit contenir les moyens, ainsi que nous l'avons dit sur la quest. 673, ce n'est pas un motif pour que le demandeur au principal, défendeur à l'opposition, puisse

[[Après avoir lu et soigneusement médité la discussion de M. Carré, notre opinion est demeurée indécise; les raisons de cet honorable professeur nous ont paru aussi faibles que celles données avant lui, dans un sens opposé, par MM. DELAPORTE et DEMIAU.

Ce qui nous a frappé au premier examen, c'est que M. Carré créait une nullité par analogie. Le texte des articles 161 et 162 n'offrant lui-même que doute et incertitude, nous avons voulu nous éclairer par les discussions rapportées par M. Locré. Voici le résultat de nos recherches.

Le projet primitif avait confondu dans un seul article (154) les dispositions qui forment les trois articles 160, 161 et 162; il y avait alors une corrélation directe du second paragraphe de cet article unique avec le premier, dans lequel se trouvait l'indication de la forme de l'opposition. Pour être plus clair, on donna un numéro d'article à la seconde disposition, et on ne réfléchit pas qu'au lieu d'être plus clair, on allait devenir inintelligible. (LOCRÉ, t. 21, p. 211 et 431, n° 87.)

Dans le projet, le second paragraphe de l'art. 162 du Code formait un article séparé (l'art. 155); cette fusion a fait naître une difficulté que nous examinons dans la question suivante.

De tout cela, il résulte que le législateur n'a pas voulu dénaturer la forme d'une opposition, et que toute opposition à un jugement par défaut doit être motivée pour être valable; telle est notre opinion, quoique la rédaction des art. 160, 161 et 162 nous paraisse tellement vicieuse, qu'il faille, pour ainsi dire, se poser en législateur pour adopter une opinion et prescrire une règle.]]

[[658 bis. *Lorsque l'avoué du demandeur vient à décéder, avant que l'opposition n'ait été formée, faut-il pour l'application du second paragraphe de l'art. 162, qu'il s'agisse d'un jugement par défaut contre partie?*

La négative paraîtrait devoir résulter de la place qu'occupe dans le Code la disposition relative au décès de l'avoué du demandeur, mais la raison repousse cette solution, surtout quand on se reporte aux motifs du législateur.

Pourquoi donc en effet imposer à la partie défaillante qui a eu un avoué l'obligation de reprendre l'instance, tandis qu'on permet à celle qui avait montré plus de mauvaise volonté, d'attendre la signification d'un nouvel avoué de la part du demandeur?

Comment, du reste, l'article 160 sera-t-il exécutable, puisque l'avoué du demandeur n'existera plus? La signification de l'opposition dans la huitaine n'est plus possible. C'est donc au demandeur à reprendre l'instance. (*V. suprà* notre *Question* 658.)

Voici maintenant ce qui se passa au tribunat:

Dans le projet, un article spécial était ainsi conçu: « Art. 155. Si l'avoué de « la partie qui a obtenu le jugement est décédé, ou ne peut plus postuler, l'op- « posant sera tenu, dans les délais ci-dessus, de réitérer son opposition par un « exploit qui en contiendra les moyens avec assignation à trois jours, en cons- « titution de nouvel avoué. »

La section du tribunat demanda une autre rédaction en ces termes: « La « section croit qu'on doit assujettir la partie qui a obtenu le jugement à notifier

---

répondre à ces moyens par un écrit; ce serait contrevenir aux règles de la procédure en cette matière. Il en est ici comme de l'opposition aux jugemens rendus par les justices de paix, ou par les tribunaux de commerce: l'opposition n'y est considérée que comme un exploit libellé.

Au contraire, dans les matières ordinaires qui sont de la compétence des tribunaux d'arrondissement, la requête d'opposition est considérée, en outre, comme un écrit de défenses auquel le demandeur au principal peut répondre s'il le juge convenable.

« le décès de son avoué ou la cessation de ses fonctions à la partie défaillante, « avec constitution de nouvel avoué. L'article suppose que l'opposition est en- « core recevable ; il faut donc que le demandeur, qui doit essentiellement avoir « un avoué, mette le défendeur à portée de se défendre régulièrement.

« La section ne voit pas pourquoi ce serait à la partie défaillante à venir s'in- « former si le demandeur a toujours le même avoué. Aussi, dans le système de « la section, le défendeur ne viendra pas réitérer son opposition par exploit, « il devra le faire par requête.

« L'article serait terminé par un paragraphe portant que la requête en oppo- « sition contiendrait les moyens dans tous les cas. (Locré, t. 21, p. 432, n° 88.)»

Cette rédaction fut adoptée ; les motifs en sont généraux. Il est à regretter que la disposition ne soit pas restée numérotée séparément. Nous pensons néanmoins qu'elle doit s'appliquer aux deux hypothèses tant que l'opposition n'a pas encore été formée et que le défaillant est dans les délais.

Cependant les motifs que donna la section du tribunat pour demander que l'art. 155 ne formât qu'un paragraphe de l'art formé lui-même par la seconde partie de l'article 154, sont de nature à révéler une autre pensée dans l'esprit du législateur : « La section estime que le second paragraphe de l'article 154 ne doit « pas être séparé de l'article 155, attendu que le second paragraphe de l'art. 154 « porte également sur le jugement par défaut rendu contre partie. Les principes « généraux sont dans le deuxième paragraphe de l'article 154, et l'article 155 « n'est destiné qu'à régler un cas particulier. (Locré. eod. loco, n° 87.)»

On oppose aussi le mot *réitérer*, qui suppose une opposition formée par acte extra-judiciaire, et par conséquent émanant d'une partie et non d'un avoué.

La même objection pourrait être faite pour l'application du troisième paragraphe de notre article 162, tant à l'article 161, qu'au premier paragraphe de l'art. 162, surtout quand on lit dans la rédaction proposée par le tribunat (Locré, t. 21, p. 433) ces mots : *Dans aucun des cas prévus par le présent article et par l'article précédent*, et que rien n'indique le motif de la rédaction nouvelle du Code, placée comme paragraphe de l'article 162, et ne paraissant s'appliquer qu'à cet article.

Cependant il serait absurde de soutenir que ce paragraphe 3 ne s'applique pas à tous les cas où une requête d'opposition est signifiée par un avoué, ou bien au cas où l'exploit d'opposition contient les motifs d'opposition, constitution d'avoué et assignation. (*V.* notre *Question* 684.)]]

689. *Si le défaillant avait à opposer, contre la demande, des nullités ou des exceptions qui fussent de nature à se couvrir par la défense au fond, pourrait-il les présenter en plaidant, s'il ne les avait pas déduites dans la requête ?*

Non : il les aurait couvertes. Ainsi, l'on doit dans la requête faire connaître toutes les exceptions et déduire les moyens au fond subsidiairement, et avec réserve expresse de ces exceptions. (*V.* le *Traité* de M. DEMIAU, p. 135.)

[[Nous partageons cette opinion. — *V. infrà*, notre titre des *Exceptions Question* 739 *bis*.]] **Supp. alph.**, V° *Jugement par défaut*, n. 324 et s.

690. *Si la troisième disposition de l'art.* 162 *porte que les moyens fournis postérieurement à la requête n'entreront point en taxe, s'ensuit-il que l'opposant ne serait pas admis à les faire valoir en plaidant ?*

Nous croyons que cette question doit être décidée pour la négative, d'après les motifs énoncés et les arrêts cités sur l'article 161. [[L'opposant peut toujours modifier ses conclusions, les augmenter ou les diminuer. *V.* notre *Question* 620 *bis*, et un arrêt du 25 mai 1816, duquel il résulte que des réserves générales seraient utiles dans une requête en opposition. (*J. Av.* t. 13, p. 47, 3e esp.)]]

ART. 163. Il sera tenu au greffe un registre sur lequel l'avoué de l'opposant fera mention sommaire de l'opposition, en énonçant les noms des parties et de leurs avoués, les dates du jugement et de l'opposition : il ne sera dû de droit d'enregistrement que dans le cas où il en serait délivré expédition.

T. 90. — [Comm. du Tarif, t. 1, p. 233, nos 38 à 42] C. P. C., art. 164 et 548. [Notre Dictionnaire général de procédure, vo *Enregistrement*, nos 238 et 239. — Arm. Dalloz, vo *Exécution des jugements et actes*, nos 147, 153 et 156 — Locré, t. 21, p. 91 et 281, no 10]

ART. 164. Aucun jugement par défaut ne sera exécuté à l'égard *d'un tiers* (1), que sur un certificat du greffier, constatant qu'il n'y a aucune opposition portée sur le registre.

T. 90. — [Comm. du Tarif, t. 1, p. 233, nos 38 à 42. — Locré, t. 21, p. 91 et 434, no 89. — QUESTIONS TRAITÉES : Y aurait-il nullité de l'exécution faite contre un tiers, sans qu'on lui eût préalablement justifié, par certificat du greffier, qu'il n'existe pas d'opposition? *Q.* 691 — Si l'avoué que la loi charge du soin de faire inscrire les oppositions sur le registre, avait négligé de le faire, et que conséquemment le greffier délivrât un certificat négatif, l'exécution serait-elle annulée parce qu'il serait prouvé qu'une opposition aurait été faite. *Q.* 692]

CXXIII. Depuis longtemps, avant la publication de notre Code, on sentait la nécessité de constater authentiquement, à l'égard des *tiers*, l'existence des oppositions formées contre les jugemens par défaut. Les art. 163 et 164 ont prescrit à cet égard des mesures efficaces pour prévenir les surprises que l'on avait auparavant tant de raisons de craindre (2).

691. *Y aurait-il nullité de l'exécution faite contre un tiers, sans qu'on lui eût préalablement justifié, par certificat du greffier, qu'il n'existe pas d'opposition?*

Les termes de l'art. 164 sont tellement impératifs, qu'il n'est pas douteux que l'on ne prononçât la nullité de toute exécution forcée qui aurait été faite sans représentation du certificat dont il s'agit, si toutefois le jugement venait à être réformé sur une opposition. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 136).

Mais si le jugement avait été exécuté volontairement de la part du tiers, ce

---

(1) *Tiers*, dans la langue du droit, *tertia persona*, par opposition *à ceux* entre qui se traite conventionnellement ou judiciairement une affaire quelconque, et qu'on désigne par cette expression, *reus de cujus re disceptatur*, est tout individu autre que ceux dont nous venons de parler, c'est-à-dire une troisième personne, relativement aux deux autres, *de quorum re agitur* : d'où la conséquence que les contrats ou jugements intervenus entre ces deux personnes restent absolument étrangers au tiers, *ipsi nec prosunt nec nocent*. En un mot, ce mot *tiers* signifie en général une troisième personne, différente de celles qui ont affaire ensemble. Ce terme, au reste, se joint très ordinairement avec un autre qui détermine un sens particulier, comme *tiers acquéreur, tiers détenteur, etc.*

(2) Le rapporteur de la loi a parfaitement développé l'utilité de ces mesures. « Un créancier, dit-il, a fait une saisie-arrêt entre « les mains d'un tiers qui doit une somme à « son débiteur ; il obtient contre ce dernier « un jugement par défaut, portant que le « tiers remettra entre les mains de la partie « qui a obtenu le jugement, la somme qu'il « doit à la partie condamnée ; ce tiers ignore « si la partie condamnée n'a pas formé opposition au jugement par défaut ; il lui importe de le savoir, car l'opposition suspendrait l'exécution. Il est indifférent pour « lui de payer à son créancier ou à un autre, « pourvu que ce paiement opère sa libération, et il ne l'opérerait pas, s'il n'était « pas valable. Ce tiers sera sans inquiétude, « lorsqu'on lui représentera (*conformément à l'art.* 164) un certificat du greffier, constatant qu'aucune opposition n'est portée « sur le registre (*tenu conformément à l'art.* 163) ».

serait, relativement à l'opposant, *res inter alios acta*, et le tiers ne pourrait lui opposer cette exécution volontaire. [[*V.* nos *Questions* 1906 et suivantes.]]

692. *Si l'avoué que la loi charge du soin de faire inscrire les oppositions sur le registre avait négligé de le faire, et que conséquemment le greffier délivrât un certificat négatif, l'exécution serait-elle annulée, parce qu'il serait prouvé qu'une opposition aurait été faite?*

Nous pensons qu'en ce cas l'exécution ne serait pas annulée, parce que, sur la représentation du certificat, le tiers avait dû s'y soumettre; ce serait à l'opposant à s'imputer la faute d'avoir employé le ministère d'un avoué négligent, contre lequel il lui resterait seulement une action de garantie à exercer. (*Voy.* les *Questions* sur l'art. 548.) [[Même observation qu'à la précédente *Question*.]]

ART. 165. L'opposition ne pourra jamais être reçue contre un jugement qui aurait débouté d'une première opposition.

Déclar. du 17 fév. 1688, art. 10. — Jousse, comm. sur l'art. 3, tit. 35, ordonn. de 1667. — C. de P. C., art. 113 157, 351. — [Notre Dictionnaire général de l'procedure, v° *Jugement par défaut*, n°s 13, 23, 93, 94, 107, 110, 111, 112, 115 et 116. — Lévillenouve, v° *Jugement par défaut*, n°s 143 à 147 — Arm Dalloz, v° *Jugement par défaut*, n° 93. — Locré, t. 21, p. 91 et 282, n° 11 — QUESTIONS TRAITÉES : Une opposition déclarée par jugement nulle en la forme, peut-elle être renouvelée si le défaillant est encore dans les délais? *Q.* 692 *bis*. — Lorsque, après le décès de l'avoué du défendeur opposant à un premier jugement par défaut, il a été condamné de nouveau par défaut, peut-il former opposition contre cette décision en soutenant que l'exploit en constitution de nouvel avoué était nulle? *Q* 692 *ter*. — L'orsqu'un jugement de jonction de défaut n'a pas été signifié et qu'il intervient contre la même partie un second jugement par défaut, cette partie peut-elle former opposition à ce second jugement, quoique dans des conclusions motivées il ait été fait mention du premier jugement? *Q.* 692 *quat*. Lorsque l'opposant met lui-même en cause une nouvelle partie et laisse défaut, peut-il se pourvoir encore contre cette nouvelle partie? *Q.* 693. — S'il arrivait que sur l'opposition à un premier jugement par défaut il intervînt jugement contradictoire qui prononçât un avant faire droit, que cet avant faire droit ne fût pas rempli, et qoe, à raison de cette négligence, il fût rendu jugement par défaut au principal contre la partie qui avait laisse défaut la première fois, y aurait-il lieu à l'application de l'art. 165? *Q.* 694. — Mais *quid juris*, si dans le cas où il n'a pas été rendu contradictoirement entre les deux défauts, un jugement intermédiaire et qui évidait l'opposition au premier défaut, le second défaut est rendu sur d'autres motifs que le premier et contient une décision différente; ou plus *généralement*, faut-il absolument pour que l'art. 165 soit applicable que le second jugement par défaut ait maintenu le premier, faute à l'opposant de n'avoir pas plaidé sur son opposition, afin de le faire rétracter? *Q.* 695. — Le demandeur est-il recevable à former opposition au jugement rendu par défaut contre lui, et qui a accueilli l'opposition du défendeur à un premier jugement par defaut que lui, demandeur, avait obtenu? *Q* 695 *bis* — Lorsque, sur un pourvoi, l'arrêt qui avait accueilli l'opposition à un premier arrêt par défaut a été cassé, et que pevant la Cour de renvoi la partie défaillante une première fois devant la première Cour, fait de nouveau défaut, l'art. 165 lui est-il applicable? Ou, au contraire, doit-un considérer la procédure devant la Cour de renvoi comme une procédure complètement nouvelle et pouvant donner lieu à un arrêt par défaut, susceptible d'être frappé d'opposition? Q. 695 *ter*.] 1)

CXXIV. C'est une règle depuis long-temps admise, qu'*un second défaut est fatal;* ou qu'*opposition sur opposition ne vaut.* On sent qu'il faut un terme après

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Un jugement qui rejette l'opposition d'un premier jugement par défaut et statue en même temps sur le fond, peut être considéré comme contradictoire, quoique la partie n'ait plaidé que les moyens d'opposition.—(Cass. 1er germ. an X, *J. Av.*, t. 15, p. 287.) V. nos *Questions* 613 et 614.— Il faut bien qu'un procès finisse et il ne peut pas dépendre d'un défaillant de terminer la procédure.— V. aussi notre *Question* 694.

2° Lorsque la partie en faveur de laquelle le jugement par défaut a été rendu a anticipé sur l'assignation de la partie défaillante, et a obtenu un jugement de débouté d'opposition à l'échéance du délai de sa propre assignation, l'autre partie ne peut utilement se présenter à l'audience et obtenir un second jugement par défaut sur son assignation.— (Paris, 14 juin 1814, *J. Av.*, t. 15, p. 389.).

lequel on puisse enfin trouver, dans un jugement prononcé par défaut, un titre exécutoire et certain. Si, en effet, celui qui s'est rendu opposant à un pareil jugement n'était pas contraint de se présenter sur l'opposition, « le « débiteur de mauvaise foi se laisserait sans cesse condamner par défaut, et « au moyen des oppositions successives qu'il formerait, il retarderait sa con- « damnation le plus qu'il lui serait possible, et se jouerait ainsi de la justice « et de ses créanciers. » (*Rapp. au Corps législ.*)

[[692 bis. *Une opposition déclarée par jugement nulle en la forme, peut-elle être renouvelée si le défaillant est encore dans les délais?*

MM. BONCENNE, t. 3, p. 155, à la note, et PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 371, disent que le jugement qui a débouté d'une première opposition n'est pas susceptible d'opposition, soit que le jugement soit fondé sur des motifs tirés du fond, soit qu'ils ne concernent que la forme.

Mais ces auteurs ne résolvent pas expressément la question que nous avons posée.

Un arrêt de la Cour de Bourges du 4 février 1825 (J. des arrêts de cette Cour, 1825, p. 101), a décidé en matière correctionnelle que l'opposition nouvelle formée dans les délais était recevable, quoiqu'un arrêt contradictoire eût annulé une première opposition pour défaut de notification au ministère public. L'art. 188 du Code d'instruction criminelle reproduit le principe de l'art. 165 C. pr. c.; cet arrêt est donc applicable.

Pourquoi en matière civile, la même solution ne serait-elle pas admise?

L'opposition est reçue dans la huitaine de la signification, s'il y avait avoué constitué, jusqu'à l'exécution, si la partie n'avait pas comparu.

Tant que le jugement n'a pas été signifié, ou qu'il n'a pas été exécuté, une opposition régulière doit être reçue de même qu'un appel peut être réiteré plusieurs fois.

Nous avons déjà pensé, *suprà*, *Question* 682, que l'opposition extra-judiciaire non réitérée dans les huit jours étant considérée comme non-avenue, le défaillant pouvait en former une nouvelle; il y a même raison de décider dans le cas que nous examinons. Voy. Q. 1546 *bis*.]]

[[692 ter. *Lorsque, après le décès de l'avoué du défendeur opposant à un premier jugement par défaut, il a été condamné de nouveau par défaut, peut-il former opposition contre cette décision, en soutenant que l'on était en constitution d'un nouvel avoué était nul?*

La négative a été décidée par un arrêt de la Cour de Grenoble du 24 août 1824. (*J. Av.*, t. 27, p. 100.) Voici les termes de cet arrêt.

« Attendu que l'article 165, placé dans le titre des jugements par défaut et oppositions en général, ne fait aucune distinction entre les jugements par défaut de constituer avoué et ceux par défaut de plaider; attendu que la disposition de l'article précité, qui résulte que l'opposition formée par Joseph Médallin envers le jugement par défaut de constituer avoué du 9 décembre 1822, qui l'avait débouté de son opposition envers le jugement par défaut de plaider du 10 février 1815, n'était pas recevable;

« Attendu qu'il est indifférent que Médallin ait argué de nullité l'assignation sur laquelle est intervenu le deuxième jugement par défaut, dès que, dans toutes les hypothèses, l'opposition de Médallin envers ce jugement appelait l'application de l'art. 165, C. pr. c.;

« Attendu que d'après la défense aux premiers juges, renfermée au susdit art. 165, de recevoir la seconde opposition de Médallin, et par conséquen de connaître pour la troisième fois de l'affaire, le seul moyen qui compétait à

Médallin était d'appeler du jugement par défaut, de constituer qui l'avait débouté de sa première opposition, ou, si le jugement n'était pas susceptible d'appel, de l'attaquer par toutes autres voies légales, lesquelles ne pouvaient comprendre celles de l'opposition.

« Attendu, dès lors, que la Cour n'a point à s'occuper de la prétendue nullité de l'assignation à laquelle se rattache le second jugement par défaut;

« Attendu que Médallin ne peut point s'étayer de la circonstance que le jugement par défaut de constituer avoué du 9 déc. 1822, par lequel il a été débouté de la première opposition, prononce en même temps que l'instance a été valablement reprise;

« Attendu, en effet, qu'il ne s'agirait pas d'une demande en reprise d'instance dans le sens de l'art. 346 Cod. proc. civ., c'est-à-dire par suite du décès de l'une des parties, mais d'une simple assignation en constitution de nouvel avoué (attendu le décès de celui qui avait occupé pour Médallin), assignation qui ne pouvait donner lieu à une question préjudicielle, ni par conséquent, à un premier jugement pour fixer la qualité de l'assigné;

« Attendu que si, dans le cas d'une demande en reprise d'instance, il doit intervenir un premier jugement, c'est qu'il doit être préalablement jugé si celui qui est assigné en qualité d'héritier du défunt a vraiment cette qualité, et s'il doit procéder suivant les derniers errements de l'instance principale;

« Attendu dès lors que, si le jugement qui tient l'instance pour reprise a été rendu par défaut, il est susceptible d'opposition, lors même qu'au principal il existerait un jugement par défaut, une demande en reprise d'instance constituant évidemment une demande et donnant nécessairement lieu à une question préjudicielle;

« Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le tribunal de première instance a bien jugé en déclarant Médallin non recevable en son opposition envers le jugement par défaut de constituer obtenu contre lui par les mariés Thibaut, dès que ce jugement avait débouté Médallin d'une première opposition, et qu'il ne s'agissait pas d'une reprise d'instance par suite du décès de l'une des parties; la Cour confirme le jugement dont est appel. »

Nous avons tenu à rapporter le texte entier de cet arrêt, parce qu'il contient plusieurs erreurs qu'il est utile de combattre; sous tous les rapports il a mal jugé et nous pensons que l'affirmative de la question ne peut être contestée.

Les articles 153 et 165 ne défendent, ou une première opposition ou une seconde opposition, qu'autant que la procédure aura été régulière; dans le premier cas, si l'exploit de réassigner sur défaut-joint ne porte ni parlant à, ni signature d'huissier; sur l'opposition de la partie, lui objectera-t-on que le jugement rendu après défaut-joint, n'est pas susceptible d'opposition, que les juges sont dessaisis, et qu'il doit ou interjeter appel, ou se pourvoir en cassation?

Il répondra que le défaut-joint ne suffit pas; qu'il faut un réassigné, et un réassigné légal; si ce réassigné est nul, il s'engagera sur la procédure un incident ou une question préjudicielle d'où dépendra la qualification du jugement rendu contre lui (1).

Dans le second cas, si un nouveau jugement par défaut a été surpris, lorsque, par exemple, une reprise d'instance était indispensable, il s'élèvera alors, sur l'opposition du défaillant, une question préjudicielle qui sera celle-ci: Le second jugement est-il censé rendu contre le défaillant, ou n'est-il qu'un acte de procédure illégitime et nul? (V. notre *Question* 1282.) De la décision de cette

(1) C'est ce qui a été jugé le 18 mars 1829 par la Cour royale de Riom. *J. Av.*, t. 37, p. 237.)

question dépendra le sort de la procédure à suivre par le défaillant sur sa première opposition.

La Cour de Grenoble a pressenti ces objections, et elle a alors cherché à trouver dans l'art. 341 une distinction qu'aucun de ses termes ne révèle et que repousse son esprit.

L'art. 349 veut qu'à l'expiration du délai de l'assignation donnée en reprise ou en constitution, si la partie ne comparaît pas, il soit *rendu jugement qui tienne la cause pour reprise et ordonne qu'il sera procédé suivant les derniers errements*, etc., etc. Cet article comprend donc, dans les mêmes prescriptions et sous les mêmes dénominations, la cessation de la procédure, par suite de décès de partie ou d'avoué.

La distinction faite par la Cour royale de Grenoble ne peut donc pas se soutenir, et son opinion ne doit pas faire jurisprudence.]]

693. *Lorsque l'opposant met lui-même en cause une nouvelle partie et laisse défaut, peut-il se pourvoir encore par opposition contre cette nouvelle partie ?*

Cette question s'est présentée sous l'empire de l'ordonnance de 1669, et la Cour de cassation, par arrêt du 25 frim. an 3 (voy. *Tables de Bergognié*, t. 1, au mot *Défaut*, p. 141), l'a décidé affirmativement, par le motif que le second jugement par défaut est le premier qui soit intervenu entre la partie opposante et l'individu qu'elle a mis en cause.

Mais on sent que l'opposition ne peut alors concerner que les intérêts de ces deux parties, et ne peut plus remettre en question ce qui a été jugé sur la première opposition entre l'opposant et la partie qui aurait obtenu le premier et le second jugement.

Nous ne trouvons, dans notre nouveau Code, aucune disposition sur laquelle on puisse fonder une décision contraire. Nous observerons seulement qu'il nous semble qu'il n'y aurait pas lieu à cette opposition au second jugement contre la partie nouvellement mise en cause, si la matière jugée dans l'intérêt de celle-ci était indivisible de celle jugée dans l'intérêt de celui qui aurait obtenu le premier jugement par défaut confirmé par le second.

[[Nous approuvons la solution de M. Carré, qui est aussi adoptée par M. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 311.]]

694. *S'il arrivait que, sur l'opposition à un premier jugement par défaut, il intervînt jugement contradictoire qui prononçât un avant faire droit; que cet avant faire droit ne fût pas rempli, et qu'à raison de cette négligence, il fût rendu jugement par défaut, au principal, contre la partie qui avait laissé défaut la première fois, y aurait-il lieu à l'application de l'art.* 165 ?

En d'autres termes : *Y a-t-il lieu, dans le cas posé, à déclarer non recevable l'opposition formée contre un dernier jugement par défaut?*

Il suffit de lire l'art. 165 pour se convaincre que l'on ne pourrait résoudre affirmativement cette question, sans faire une fausse application de cet article.

En effet, trois choses sont nécessaires pour son exécution; 1° un jugement par défaut; 2° une opposition à ce jugement; 3° autre jugement par défaut qui déboute de cette opposition.

Alors tout est consommé, et la partie qui a laissé défaut une seconde fois n'a plus droit de se pourvoir, par la voie d'opposition, contre le second jugement qui intervient. C'est dans ce sens que l'on a toujours entendu l'adage de forme, *opposition sur opposition ne vaut.*

Ainsi, lorsqu'une partie n'a point été déboutée d'une première opposition, et qu'au contraire cette première opposition a été admise par un jugement con-

tradictoire, le jugement par défaut qui intervient ensuite est toujours susceptible d'opposition, puisqu'il ne contient que la prononciation d'un premier défaut.

Si, d'ailleurs, on combine l'art. 22 du Code de procédure avec notre art. 165, on trouve un nouveau motif pour décider de la sorte.

« La partie opposante, porte cet art. 22, qui se laisserait juger une seconde « fois par défaut, ne sera plus reçue a former opposition. »

Rien de plus clair.

Une partie est condamnée par défaut; elle forme opposition au jugement; cette opposition doit être admise, si elle est régulière et formée en temps utile. Mais, au lieu de plaider sur son opposition, la partie se laisse une seconde fois condamner par défaut; alors elle n'est plus recevable à former opposition à ce second défaut.

Il est évident que ce ne peut être que de cette manière qu'on doit entendre l'art. 22; or, l'art. 165 n'est qu'une répétition du même principe.

C'est donc une erreur palpable, malheureusement accréditée, que d'interpréter l'art. 165 en ce sens qu'une partie ne puisse être reçue *à se pourvoir deux fois par opposition dans la même instance;* c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas; c'est lui donner une extension qui aurait pour résultat que, dans une instance prolongée, il ne pourrait jamais intervenir qu'un jugement par défaut.

Au reste, notre opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Rennes du 12 juin 1817. (*J. Av.*, t. 15, p. 400.)

[[Les termes de l'art. 165 ne suffisent pas, à nos yeux, pour trancher toute difficulté; il faut en chercher les motifs; les discussions législatives sont muettes.

M. Carré cite un arrêt de 1817, on ne peut en apprécier l'applicabilité, parce que les faits ne sont point rapportés et qu'on ignore s'il s'agissait d'un second jugement après mesure préparatoire.

M. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 311, pense que, « S'il était intervenu un ju- « gement contradictoire, qui eût admis l'opposition et ordonné un avant-faire « droit, la négligence du premier défaut serait réparée, et lors même qu'au « principal le condamné serait encore condamné par défaut, il n'y aurait pas « eu deux fois négligence de suite et sans intervalle; il n'y aurait pas lieu de « rejeter comme non recevable une nouvelle opposition. »

Mais on peut opposer un arrêt fort bien motivé de la Cour de Lyon du 17 juill. 1829. (*J. Av.*, t. 44, p. 196.)

De la doctrine de M. Carré, il résulte que dans la même cause tous les frais peuvent être doublés, si sur chaque incident le défendeur fait défaut et forme opposition.

L'art. 22 du Code ne prouve rien: au contraire, son texte nous paraît combattre l'opinion de M. Carré.

L'ancien axiome *opposition sur opposition* est généralement adopté en pratique et entendu en ce sens (M. Carré lui-même le reconnaît), que dans la même instance deux oppositions ne sont pas admissibles de la part de la même partie. Il est nécessaire de maintenir la force de ce principe qui préserve les parties de frais dont l'énormité deviendrait incalculable.

Qu'on ne perde donc pas de vue que le motif principal qui a donné ouverture au droit d'opposition, c'est la crainte qu'un jugement par défaut n'ait été surpris; quand déjà le défaillant a formé opposition et a comparu, cette crainte n'existe plus. Voyez ce que nous avons décidé en matière de défaut joint, question 632 ter. Voyez aussi la question 695 bis.]]

Supp. alph. V° *Jugement par défaut*, n. 245 et s.

695. *Mais* QUID JURIS *si, dans le cas où il n'eût pas été rendu contradictoirement entre les deux défauts un jugement intermédiaire, et qui vidât l'opposition au premier défaut, le second défaut était rendu sur d'autres motifs que le premier, et contenait une décision différente?*

Ou plus généralement : *Faut-il absolument, pour que l'art.* 165 *soit applicable, que le second jugement par défaut ait maintenu le premier, faute à l'opposant de n'avoir pas plaidé sur son opposition afin de la faire rétracter?*

On dit, pour l'affirmative, que si le second jugement par défaut est basé sur un motif autre que celui qui a déterminé le premier jugement, ce motif n'aurait pu être détruit par la première opposition; que, par conséquent, la seconde opposition est recevable, attendu que, dans l'esprit des art. 22 et 165, il faut que les deux jugements par defaut aient prononcé *une même décision basée sur les mêmes motifs*; ou plutôt, qu'il faut que le second jugement ait maintenu le premier, faute à l'opposant, comme nous venons de le dire dans l'énoncé de la question, de n'avoir pas plaidé sur son opposition (1)

[[Nous pensons que, si les conclusions nouvelles rentrent complétement dans le libelle de l'instance, elles ne peuvent ouvrir un droit au profit de celui qui fait défaut pour la seconde fois. (*V. suprà nos Questions* 620 *et* 661.)]]

[[**695** bis. *Le demandeur est-il recevable à former opposition au jugement rendu par défaut contre lui, et qui a accueilli l'opposition du défendeur à un premier jugement par défaut que lui demandeur avait obtenu?*

Un arrêt du 12 décembre 1811 de la Cour de Gênes (*J. Av.* t. 15, p. 361), a décidé la négative. M. Carré ne rapporte cet arrêt qu'à la note Jurisprudence, en l'accompagnant de cette réflexion : « C'est qu'en ce cas, le demandeur ayant « pris des conclusions pour obtenir le jugement par défaut, et le défendeur en « ayant pris à son tour pour faire statuer sur l'opposition, il s'ensuit que les « deux parties ont été respectivement entendues. » Cette raison de décider est fort mauvaise ; il serait facile de le démontrer sous plusieurs rapports; il nous suffit d'en indiquer un : l'opposant propose la nullité de l'exploit, M. Carré dirait-il que, dans ce cas, le demandeur avait été entendu lorsqu'il s'était fait adjuger ses conclusions sur le fond? Aussi MM. THOMINE-DESMAZURES, t. 1er p. 311, et BONCENNE, t. 3, p. 156, rejettent-ils le motif de M. Carré et se fondent-ils sur ce que l'axiome *opposition sur opposition ne vaut* ne peut être opposé au demandeur qui reste alors dans le droit commun.—Le 9 mars 1827, la Cour de Poitiers a sanctionné cette doctrine; en rapportant cet arrêt (*J. Av.* t. 33, p. 339), nous avons énumeré les fâcheuses conséquences qui pourraient en résulter; cependant nous persistons à penser qu'en matière de déchéance, on ne doit pas ajouter aux dispositions de la loi : ce qui nous confirme dans notre opinion, c'est que le législateur, pour fermer cette voie d'opposition au demandeur comme à tous autres, en matière de défaut-joint, a été obligé de se servir, à la fin de l'art. 153, de termes généraux, et que dans l'art. 165 on a retranché ces mots, *même quand ce second jugement serait rendu par défaut*, qui se trouvaient au projet; probablement pour éviter de faire naître un doute sur les droits du demandeur.

---

(1) Contre cette opinion, on oppose un arrêt de cassation, du 9 janv. 1812 (*S.*, t. 12 p. 150); mais il est facile de se convaincre qu'il n'est ici d'aucune considération, puisqu'il est motivé sur une règle d'exception posée dans l'art. 457 du Code comm., et que, d'un autre côté, il confirme l'interprétation que nous venons de donner à l'art. 165.

Nous devons signaler les graves inconvénients qui résulteraient d'une doctrine contraire. En matière commerciale on a appliqué l'art 165 comme règle générale. La faculté d'opposition et le réassigné par huissier-commis, sont principalement fondés sur cette circonstance, que l'exploit aurait pu être soufflé. Eh bien ! sur l'opposition, cet inconvénient ne sera-t-il pas à redouter? En matière commerciale, il n'y a pas d'avoué qui puisse avertir le demandeur assigné sur l'opposition; et si à la vérité, sur la réassignation du demandeur, les mêmes risques sont à craindre, au moins le danger est-il moins imminent, parce que chaque partie sera sur ses gardes.

On peut encore indiquer en faveur de notre opinion, un arrêt de la Cour de Poitiers du 5 février 1829 (*J. Av.* t. 37, p. 63).]]

Supp. alph., V° *Jugement par défaut*, n. 252.

[[**695** ter. *Lorsque, sur un pourvoi, l'arrêt qui avait accueilli l'opposition à un premier arrêt par défaut, a été cassé, et que devant la Cour de renvoi, la partie défaillante une première fois devant la première Cour, fait de nouveau défaut, l'art.* 165 *est-il applicable?* OU AU CONTRAIRE, *doit-on considérer la procédure devant la Cour de renvoi comme une procédure complétement nouvelle partant de l'acte d'appel et pouvant donner lieu à un arrêt par défaut susceptible d'être frappé d'opposition?*

Cette question fort intéressante a été portée à la Cour de cassation; le pourvoi a été admis sur la plaidoirie de M. DESCLAUX, ancien procureur général de Colmar, jurisconsulte d'un rare mérite. Cette admission préjugeait la solution dans le sens favorable au défaillant; le pourvoi avait été dirigé contre un arrêt de la Cour royale de Caen du 28 novembre 1832, rapporté dans le *J. Av.* année 1839.

Mais, devant la Chambre civile, les parties transigèrent.

M. TARBÉ, avocat général, a bien voulu nous communiquer les notes préparées pour son réquisitoire, qui tendait au rejet du pourvoi.

La solution nous paraît uniquement dépendre des effets d'un arrêt de cassation, car si l'on voulait se rattacher aux effets d'une opposition qui anéantit, il est vrai, le jugement par défaut (*V. suprà* p. 87, *notre Question* 661), on serait forcé de subir l'application de l'art. 165.

Aussi, devant la Chambre des requêtes, avait-on soutenu que, l'arrêt ayant été cassé pour violation de la loi, toute la procédure qui l'avait précédé était annulée depuis l'acte d'appel jusqu'à cet arrêt; que ce n'était pas en débouté d'opposition que l'appelant avait été assigné, mais pour voir statuer sur son appel, et qu'alors c'était une instance nouvelle qui pouvait donner lieu à des évolutions de procédure de la même nature que celles qui avaient eu lieu devant la première Cour.

Malgré le préjugé de l'arrêt d'admission, nous ne pouvons adopter ce système qui méconnaît étrangement les effets d'un arrêt de cassation.

En matière criminelle, comme en matière civile, la procédure est annulée à dater du dernier acte annulable, mais tout ce qui précède cet acte doit rester debout.

Il résulterait de la doctrine contraire, que tous les incidents vidés par des arrêts interlocutoires devant la première Cour, devraient être considérés comme non avenus par la seconde.

Des résultats aussi extraordinaires ne se puisent ni dans un texte de loi, ni dans la nature des choses; au contraire, il est de principe constant que la procédure n'a pas besoin d'être recommencée.

Aussi, la Cour de cassation a-t-elle jugé, le 18 juin 1823 (*J. Av.* t. 25, p. 247), que la nullité de l'acte d'appel, couverte par les procédures suivies devant la

première Cour, ne pouvait plus être présentée devant la seconde. Les mêmes conséquences peuvent être déduites d'un arrêt du 24 janvier 1826. (*J. Av.* t. 30, p. 390.)

On objecte que, devant la Cour de renvoi, une assignation à personne étant nécessaire, c'est une instance nouvelle qui doit permettre l'opposition, en cas de défaut, parce que la signification pourrait être soufflée. Mais ici, l'assigné est suffisamment averti par l'arrêt de cassation; il doit se tenir sur ses gardes; il connaît la Cour de renvoi, et il peut de suite constituer un avoué qui préviendra toute surprise : *jura vigilantibus subveniunt.* V. Q. 1360 *bis.*]]

TROISIÈME DIVISION.

De la Procédure incidente.

Le mot *incident* (1), pris dans son acception la plus étendue, signifie toute exception ou contestation accessoire, tout événement, en un mot qui, s'élevant pendant le cours d'une instance, en interrompt la marche ordinaire, parce qu'il devient nécessaire de suivre des règles particulières, soit d'instruction, soit même de jugement.

Ainsi, les exceptions de toute espèce, les divers modes de vérifier et de prouver la vérité des actes ou des faits, les récusations d'experts ou de juges, les demandes en reprise d'instance et les constitutions de nouvel avoué, les demandes incidentes, etc.; enfin, tous les objets qui font la matière des tit. 9 à 21 inclusivement sont des *incidents.*

Les règles et les formalités particulières qui les concernent constituent cette procédure, que nous avons appelée *incidente*, pour la distinguer, par une qualification tirée des objets mêmes qu'elle concerne, de la procédure simple et ordinaire dont nous venons de nous occuper. Nous la diviserons en six parties : 1° procédure incidente relative aux exceptions; 2° procédure relative aux preuves; 3° procédure concernant les demandes nouvelles formées, soit par le défendeur, soit par des tiers ou contre eux, dans le cours d'une instance; 4° procédure relative à l'interruption de l'instance, par changement de personnes ou d'état dans les parties ou leurs avoués; 5° procédure en désaveu; 6° procédure relative aux récusations, soit d'un tribunal entier, soit de juges en particulier (2).

---

(1) Du latin *incidere*, interrompre.

(2) Pour donner une idée des différents objets sur lesquels la loi a établi les règles et les formalités de cette procédure que nous appelons *incidente*, il convient d'en tracer une analyse sommaire : celle qui suit a été en grande partie donnée par les rédacteurs du projet de Code.

« Souvent, avant d'engager sérieusement le combat judiciaire, le défendeur a droit d'opposer un genre de défense qu'il tire de sa position particulière, ou de la forme et de la nature de l'action formée contre lui. Il demandera, par exemple, qu'un étranger demandeur fournisse caution, et proposera l'exception d'incompétence; il opposera des nullités d'exploit; il réclamera un délai pour faire inventaire et délibérer, il demandera à mettre un garant en cause; il pourra requérir une communication de pièces. Voilà autant d'incidents qui constituent les espèces de défenses que l'on nomme exceptions, et qui sont préalables à la défense principale, qu'elles peuvent rendre surabondante. Le législateur, pour qu'elles ne vinssent pas entraver la marche de la procédure, a fixé l'époque où elles doivent être proposées, et l'ordre dans lequel elles le seront. » (*V.* tit. 9.)

Aux règles sur cette matière succèdent naturellement celles qui concernent l'instruction :

« C'est la nature particulière de la défense qui nécessite telle ou telle voie pour éclairer le juge sur la vérité des actes produits ou des faits maintenus dans la contestation, et par

PREMIÈRE SUBDIVISION.

Procédure incidente concernant les exceptions.

TITRE IX.

Des Exceptions.

On entend, en général, dans le langage du droit, par *exception* (1), tous les moyens par lesquels le défendeur, sans entrer dans la discussion de la demande, établit que le demandeur ne doit pas être admis à la poursuivre.

---

conséquent, l'objet de chacune de ces voies est presque toujours d'éclaircir un fait douteux ou contesté.

« Ainsi, le demandeur assigne en vertu d'un acte sous seing privé dont l'écriture n'est pas reconnue; on ne peut empêcher de procéder à la vérification. (*V.* tit. 10.)

« Mais le défendeur soutient que l'acte qu'on lui oppose est faux ou falsifié. La loi lui accorde le droit de *s'inscrire en faux*, c'est-à-dire de prouver, dans les formes qu'elle prescrit, la fausseté ou la falsification. (*V.* tit. 11.)

« Les parties articulent des faits qu'elles démentent respectivement; c'est le cas d'une *enquête :* on entend les témoins de ces faits. (*V.* tit. 12.)

« La vue des lieux peut être nécessaire pour fixer l'opinion du juge; il ordonne un transport, que l'on appelle *descente* sur les lieux. (*V.* tit. 13.)

« Les parties sont en discord sur l'état des lieux; alors le juge ordonne qu'ils seront *visités par experts*. Elles contestent également sur la valeur des choses qui font l'objet du procès; il faut fixer cette valeur; c'est encore l'objet d'une *expertise*. (*V.* tit. 14.)

« Enfin, l'on veut tirer la vérité de la bouche même d'une partie, sa partie adverse peut, en tout état de cause, la faire interroger sur faits et articles. » (*V.* tit. 15.)

Telles sont les voies d'instruction que le Code établit; mais la nécessité d'y recourir n'est pas la seule cause qui concoure à compliquer une affaire par des incidents. La marche ordinaire d'un procès peut être arrêtée par d'autres circonstances que la loi a prévues et réglées :

« De nouvelles réclamations peuvent être formées; un tiers peut intervenir dans l'instance : il a donc fallu déterminer la forme de ces *demandes incidentes* et de cette *intervention*. (*V.* tit. 16.)

« Une partie décède; son héritier peut reprendre volontairement l'instance, et s'il ne le fait pas, on peut l'y contraindre : ce n'est pas la partie, c'est son avoué qui est décédé; cet événement entraîne une demande en *constitution de nouvel avoué*, si on ne l'a pas prévenue par cette constitution. (*V.* tit. 17.)

« Un avoué a outre-passé ses pouvoirs; il faut préciser le cas et déterminer les formes dans lesquelles on pourra *le désavouer*.—(V. tit. 18.)

« La demande a été portée devant plusieurs tribunaux; *un règlement de juges* est nécessaire.—(V. tit. 19.)

« Une partie voit avec inquiétude des parents ou alliés de son adversaire assis sur le tribunal devant lequel elle est appelée; on ne peut lui refuser de *demander son renvoi devant un autre tribunal*.—(V. tit. 20.)

« Certains faits que la loi a prévus comme pouvant inspirer à une partie des doutes fondés sur l'impartialité d'un de ses juges, donnent à cette partie le droit de le récuser. » —(V. tit. 21.)

Tels sont les incidents ou événements majeurs sur lesquels la loi contient des dispositions particulières, tant pour les parties que pour les officiers ministériels et les magistrats; dispositions qui, dans leur ensemble, forment la procédure qui va nous occuper.

(1) Du latin *excipere*, exclure

[La transition du titre des jugements par défaut aux incidents de procédure, dans l'ouvrage de M. Boncenne, est d'une élégance et d'une netteté remarquables. Cette manière simple d'exposer les principes d'une science est d'autant plus instructive qu'elle offre plus d'attrait au lecteur. (T. 3, p. 159 à 166, chap. 10.)]

On distingue ainsi ces défenses des défenses au fond, qui sont les moyens par lesquels on tend à prouver que la demande n'est pas fondée en droit ou en fait (1).

Toutes les exceptions sont ou *déclinatoires*, ou *dilatoires*, ou *péremptoires*.

Les exceptions *déclinatoires* sont ainsi appelées du latin *declinare, éviter*, parce que celui qui les oppose tend à *éviter* de plaider devant le tribunal où il a été appelé, et qu'il soutient incompétent.

Toute defense fondée sur l'incompétence du juge, soit à raison du domicile ou de la matière, soit à raison de la litispendance ou de la connexité, est donc une exception *déclinatoire*. — (*V.* tit. 9, § 2.)

Les exceptions *dilatoires* tirent leur dénomination du latin *differre, dilatum*, parce qu'elles tendent à différer l'instruction, et par suite le jugement.

Ainsi, tous moyens de défense qui se tirent de l'incapacité momentanée d'une des parties produisent une exception *dilatoire* (2).

Enfin, l'on appelle *exceptions péremptoires*, de *perimere, peremptum, detruire, éteindre*, toute exception qui tend à *éteindre*, à *anéantir*, soit l'instance introduite par l'exploit de demande, soit l'action elle-même.

On distingue donc deux espèces d'*exceptions péremptoires :* les exceptions péremptoires de *l'instance*, et les exceptions péremptoires *du fond*.

Les exceptions péremptoires d'*instance* sont celles par lesquelles le défendeur

---

(1) Le mot *défenses*, comme le dit notre estimable confrère M. Duranton, dans sa thèse pour la chaire vacante à Paris par le décès de M. Pigeau, est générique; il embrasse tous les moyens quelconques que le défendeur fait valoir pour obtenir congé de la demande; on l'a même étendu dans l'usage, aux moyens que fait valoir le demandeur pour triompher dans sa prétention, et de là cette formule des jugements : *après avoir entendu les parties dans leurs défenses respectives*. Le mot *exception*, au contraire, n'indique qu'une classe des moyens que l'on peut faire valoir pour la défense.

(2) Nous avions, dans notre TRAITÉ DE QUESTIONS, attribué le caractère d'exceptions dilatoires à la demande de la caution *judicatum solvi*, à celle en communication de pièces, parce que, disions-nous, elles tendent à différer l'instruction jusqu'à ce que la caution ait été fournie, ou jusqu'à ce que les pièces aient été communiquées. M. Duranton (*ubi suprà*) nous paraît avoir remarqué avec fondement que cette confusion, également faite par plusieurs auteurs, était erronée. Il s'exprime ainsi : « C'est à tort, selon nous, « qu'on s'est habitué à comprendre indis- « tinctement dans la classe des exceptions « dilatoires, et celles qui n'ont pas pour « objet direct et avoué de procurer *un* « *délai* à celui qui les invoque, et celles qui « n'ont pas d'autre but. Les premières ap- « portent bien, il est vrai, un retard plus « ou moins considérable dans la marche « d'une affaire; mais ce n'est pas là leur « *objet :* ce n'est point *à cette fin qu'elles* « *ont été introduites*, tandis que les secondes « n'ont pas *d'autre but* que de fournir un « délai à la partie qui en fait usage. On a « donc mal à propos confondu l'objet avoué « des exceptions dilatoires proprement dites, « comme celle qui résulte du terme de paie- « ment (nous ajouterons de la garantie, et « et du délai pour faire inventaire et délibé- « rer), avec les effets nécessaires, il est vrai, « mais indirects, de certaines exceptions, en « les rangeant toutes dans la classe *des dila-* « *toires*. En effet, celui, par exemple, qui « demande caution à l'étranger, demande- « t-il un délai, comme celui qui prétend que « son obligation n'est pas échue? Celui qui « propose un déclinatoire ose-t-il dire que « c'est pour obtenir un délai, bien que très « souvent ce ne soit pas à d'autres fins?

« Ainsi, conclut M. Duranton (et nous « adoptons cette conclusion), nous ne pou- « vons regarder comme *exceptions dilatoires*, « à proprement parler, que celles qui ont non « seulement pour effet indirect, mais encore « pour objet avoué, de procurer au défen- « deur un délai pour défendre à l'assignation, « parce qu'il *ne peut y répondre pour le mo-* « *ment*, ou parce qu'il a le droit de jouir « d'un terme. » (§ 9, *Instit. de exceptio-* « *nibus*.)

Cette doctrine a été suivie par le Code de procédure, qui, en effet, ne place dans la classe des exceptions dilatoires que les exceptions de délai pour appeler garant ou pour faire inventaire et délibérer.

requiert que la demande soit rejetée, pour n'avoir pas été dirigée régulièrement, sauf au demandeur à la former de nouveau.

On ne compte que deux exceptions de ce genre : l'une qui résulte de ce que la demande n'aurait pas été précédée de l'essai de conciliation, l'autre de ce que l'ajournement serait nul par vice de forme.

Les exceptions *péremptoires du fond* sont celles qui ont pour but de faire juger définitivement, et sans examiner si elle est bien ou mal fondée, une action qui a pu exister, mais qui n'existe plus, parce qu'elle est éteinte ou détruite à raison de plusieurs circonstances dont le détail n'appartient pas à l'objet de cet ouvrage. Il suffit de dire, en général, que l'on place parmi ces exceptions les fins de non-recevoir résultant du défaut de qualité, de l'autorité de la chose jugée, de la compensation, du paiement, de la prescription, etc.

On dit *les fins de non-recevoir*, parce que toute exception provenant d'une cause qui produit l'extinction de l'action, rend le demandeur *non recevable* à poursuivre la demande qu'il a formée (1).

On a appelé *exceptions de procédure* toutes celles qui sont *nommément indiquées* dans le Code, et à l'égard desquelles il renferme des dispositions afin de régler l'ordre dans lequel on doit les présenter, et de déclarer quand elles cesseront d'être PROPOSABLES. Par opposition, on a appelé *exceptions* DE DROIT celles à l'égard desquelles ce même Code ne contient aucune disposition semblable, et qui, par conséquent, ne sont point, comme *la plupart des autres*, susceptibles d'être *couvertes* (2) par la procédure antérieure volontairement faite par la partie sans les avoir opposées : ces exceptions peuvent être produites en tout état de cause, quelquefois même en appel, par cela seul que la loi n'a point exigé qu'elles le fussent en tel ordre ou à telle époque de la procédure (3).

---

(1) « Ces dernières exceptions, fait encore « observer M. Duranton, sont *pour l'ordi-* « *naire* d'un effet *perpétuel*, c'est-à-dire « qu'elles rendent l'action *à jamais* non « recevable, comme *l'autorité de la chose* « *jugée, la prescription, etc.*; et c'est avec « raison, ajoute-t-il, que nous disons *ordi-* « *nairement*, car il est des cas où la fin de « non-recevoir ne produit que des effets « temporaires. Les lois 2 et 9, *princip., ff de* « *except. rei judic.*; 25 *ff de obligat. et ac-* « *tionibus*, nous en offrent des exemples, et « l'art. 135 du Code civil nous en fournit « un autre, en décidant que « quiconque « réclamera un droit échu à un individu « dont l'existence ne sera pas reconnue, « devra prouver que cet individu existait « quand le droit a été ouvert, et que, *jus-* « *qu'à cette preuve*, il sera déclaré non rece- « vable dans sa demande. » La même chose « est établie pour le cas de succession dans « l'article suivant. Il est clair que la fin de « non-recevoir n'est que *quant à présent*, « c'est-à-dire qu'elle ne produira ses effets « que jusqu'à la preuve voulue par ces textes, « et que le jugement qui donnera congé de « la demande n'aura pas, comme dans les « cas ordinaires, la force de la chose jugée. »

(2) Dans le langage du barreau, ce terme a plusieurs significations : 1° *couvrir une enchère*, c'est enchérir au-dessus de quelqu'un (C. de P., art. 707-709); *couvrir la prescription*, c'est interrompre, soit par un acte de possession, soit par quelque procédure, la prescription qui commencerait à courir (C. civ., art. 2242-2250); *couvrir la péremption*, c'est aussi l'interrompre par un acte valable signifié avant qu'elle ait été demandée (C. de P., art. 399); *couvrir une nullité*, c'est l'écarter par une fin de non-recevoir, de façon qu'on ne puisse plus s'en prévaloir (C. de P., art. 173); enfin, *couvrir une exception, une fin de non-recevoir*, c'est encore l'écarter de manière qu'elle ne puisse plus être opposée. (C. de P., art. 166, 169, 186; C. civ., art. 2221.)

(3) Il faut bien faire attention que cette distinction entre *les exceptions de procédure* et *les exceptions de droit*, ne suppose point que les premières auraient exclusivement leur fondement dans les dispositions du Code de procédure; les autres, dans celles du Code civil. Les premières, au contraire, ont, ainsi que les secondes, leur fondement, ou dans les principes consacrés par ce dernier Code, ou dans les règles posées par les lois relatives à la compétence, et, nous ne pouvons trop le répéter, si nous les qualifions, comme la plupart des auteurs de nos jours, *exceptions de procédure*, c'est en ce sens seulement que les lois de procédure ont réglé l'ordre et les époques où elles doivent être proposées.

On a encore distingué les exceptions dites *de procédure* en *relatives*, *absolues* et *mixtes*; et suivant cette distinction, l'exception serait *relative*, lorsqu'elle ne tiendrait qu'à l'intérêt privé de celui qui la propose, comme les nullités d'exploit, la demande de caution, l'incompétence à raison du domicile ou à raison de la situation de l'objet litigieux, le délai pour délibérer, etc., etc. (1)

Une exception serait *absolue* lorsqu'elle tiendrait à l'ordre public, comme l'incompétence à raison de la matière (2).

Enfin, une exception serait *mixte* lorsqu'elle se rattacherait tout à la fois à l'intérêt privé et à l'ordre public, comme *la litispendance* et *la connexité* (3).

L'ordre dans lequel on doit opposer ces exceptions est établi suivant la nature des effets qu'elles produisent.

Ainsi, la demande de la caution *judicatum solvi* est une des premières à opposer; car, si l'étranger ne fournissait pas cette caution, on examinerait en vain le mérite de sa demande. — (*V.* art. 166.)

Il en est de même des exceptions déclinatoires que le Code appelle *demandes en renvoi* (4), puisque, avant d'instruire la cause, il faut s'assurer que le tribunal sera compétent pour la juger. — (*V.* art. 168, 172, *et infrà* nos *Questions* sur l'art. 166.)

On doit remarquer ici qu'une demande en renvoi ne peut être *jointe au principal*, c'est-à-dire qu'on doit toujours en séparer la décision de celle qui est à rendre sur le fond; mais cette règle n'est point applicable dans les Cours souveraines: on peut y cumuler le déclinatoire et le principal, suivant la maxime *en Cour souveraine, on plaide à toutes fins.* — (*V.* nos *Questions* sur l'art. 172.)

La raison de cette maxime, c'est que les décisions de ces Cours ne sont point sujettes à l'appel.

Après les demandes en renvoi, on doit proposer les nullités d'exploit; car il impliquerait que l'on pût proposer la nullité d'un acte après avoir annoncé qu'on le reconnaissait valable, en procédant volontairement d'après lui. — (Arg. sur les art. 173 et 174).

Enfin, toutes les exceptions dilatoires mentionnées aux art. 174 et 187 inclusivement doivent être opposées *conjointement* et avant toute défense au fond, parce qu'elles ont le même but, et que, s'il était permis d'en proposer une d'abord pour revenir ensuite à une autre, on retarderait arbitrairement la marche de la justice.

Cependant l'héritier peut réclamer séparément, et avant de mettre un garant en cause (art. 187), le délai pour faire inventaire et délibérer.

---

(1) Toutes ces exceptions *se couvrent* par la procédure volontaire des parties. En d'autres termes, la partie qui néglige de les opposer dans le temps fixé et suivant l'ordre établi par la loi, se rend non-recevable à s'en prévaloir par la suite.

(2) Une telle exception peut être opposée en tout état de cause. (Art. 170.)

(3) Dans notre opinion, du moins, les juges, quoique ces exceptions n'aient pas été opposées dès le principe de l'instance, *in limine litis*, doivent y avoir égard, parce qu'il importe à l'ordre public d'éviter la pluralité et la contrariété des jugements. (*V. infrà sur l'art.* 172.)

(4) Nous croyons cette qualification *peu exacte*; car *toute exception déclinatoire*, comme le pose M. Duranton, quest. 7 de la thèse ci-dessus citée, *n'est point nécessairement une demande à fin de renvoi.* En effet, le défendeur n'a pas besoin de conclure à ce que le demandeur se pourvoie devant le juge qu'il prétend seul compétent, et le tribunal n'a point à prononcer le renvoi du fond devant lui. L'exception d'incompétence admise, la demande est censée non avenue sous tous autres rapports que l'interruption de la prescription, conformément à l'art. 2246, Code civ. Appeler une exception déclinatoire une demande en renvoi, c'est en quelque sorte supposer que la demande subsiste pour être portée devant le juge compétent; c'est supposer ce qui ne peut être et ce qui n'est pas, puisque le demandeur est libre de saisir ou non le tribunal de la même demande par un exploit absolument nouveau.

Quant à l'exception de communication de pièces, on sent qu'une partie doit être admise à l'opposer dès qu'on se sert contre elle d'une pièce quelconque; mais la loi a fixé un délai après lequel cette exception n'est plus recevable. — (Art. 188, 189.)

De ce que nous venons de dire sur l'ordre dans lequel les exceptions de procédure doivent être opposées, il suit qu'elles ont pour objet d'écarter la demande de manière que le tribunal n'ait à prononcer, soit actuellement, soit par la suite, *dans la même instance*, ni sur les fins de non-recevoir ou exceptions de droit, ni sur les moyens du fond ou défenses proprement dites; et de là naissent deux conséquences :

La première, c'est qu'on peut se borner à ne présenter que les exceptions de procédure, en se réservant toutefois de plaider au fond au cas qu'elles fussent rejetées; et alors c'est au défendeur à plaider le premier, parce qu'il est demandeur en exception : *Reus excipiendo fit actor.*

La seconde, c'est que les exceptions de procédure doivent nécessairement être opposées avant les exceptions de droit, qui, elles-mêmes, doivent être présentées avant les moyens du fond, puisqu'elles ont pour objet d'en éviter la discussion.

Néanmoins, comme les exceptions de droit peuvent être opposées en tout état de cause, à moins qu'on n'ait renoncé à celles qui ne tiennent qu'à l'intérêt privé (1), on n'aurait point à craindre qu'elles fussent rejetées pour n'avoir pas été opposées avant les défenses proprement dites.

§ Ier. — *De la caution à fournir par les étrangers.*

ART. 166. Tous étrangers (2), *demandeurs principaux ou intervenants* (3), seront tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés.

T. 75 et 90. — [Comm. du Tarif, t. 1, p. 254, nos 1 à 7.] C. de comm., art. 423. — C. C., art. 16, 2040, 2041. — C. de P., art. 517 et s. [Notre Dictionnaire général de proc., vo *Appel*, no 598; *Cassation*, no 107; *Caution*, nos 29 à 42, 46, 47, 49 à 55, 60, 61, 63 à 66 et 68 — Devilleneuve, vis *Caution judicatum solvi*, nos 1, 3 *bis*, 4, 5, 6, 7 et 9; *Exceptions*, no 19. — Arm. Dalloz, vis *Etranger*, nos 125 et 126; *Exception*, nos 6 à 12, 14 à 18, 21, 23, 26, 36, 38, 39, 40, 45, 46 et 47. — Locré, t. 21, p. 91 et 435, no 92. — QUESTIONS TRAITÉES: Les sujets d'un Etat où un Français peut plaider, même en demandant, sans fournir caution, sont-ils tenus à en donner une pour plaider sur une demande qu'ils formeraient devant un tribunal du royaume? *Q.* 696 — Si le procès avait pour objet une demande en dommages-intérêts, peut-on dire que la caution doive être fournie même pour ces dommages-intérêts, quoiqu'ils ne soient point les accessoires d'une condamnation principale, mais l'objet de la condamnation principale elle-même? *Q* 697. — Dans quels cas l'étranger intervenant doit-il donner caution? *Q.* 697 *bis*. — Peut-on exiger cette caution d'un étranger qui poursuivrait contre un Français l'exécution d'un titre paré et exécutoire, ou qui ferait une saisie-arrêt sans titre exécutoire, ou dont le titre serait contesté, ou qui serait demandeur en nullité de saisie, ou en revendication d'objets saisis? *Q.* 698. — Les jugements

---

(1) *V.* pour la prescription, l'art. 2224 du Code civ.

(2) [Autrefois cette caution pouvait être exigée des individus entièrement insolvables, des faillis, etc.; mais, comme le font observer MM. Merlin, t. 2, p. 106; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 314, PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 373, et BONCENNE, t. 3, p. 174 et suiv., les termes de l'article sont trop explicites pour pouvoir suivre cette maxime de l'ancien droit.]

(3) *Demandeur principal*, celui qui forme la demande qui donne naissance au procès. Par opposition, on appelle *demandeur incident*, le défendeur qui forme une demande contre le demandeur principal, et *demandeur intervenant*, celui qui intervient dans une instance pendante entre deux parties, afin d'y prendre des conclusions dans l'intérêt de l'une d'elles ou dans le sien propre. (*V.* ci-après, tit. 16.) [MERLIN, t. 2, p. 103; BOITARD, t. 2, p. 8 et 9, et THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 314.]

rendus au profit des étrangers dans une matière pour laquelle il y aurait un recours ouvert au Conseil d'État, peuvent-ils être exécutés si cet étranger n'a pas fourni caution? *Q.* 699 — Un étranger qui a plaidé en cause principale comme défendeur, et qui le fait en cause d'appel comme appelant, doit-il, en cette dernière qualité, être considéré comme demandeur, et conséquemment être tenu à donner la caution *judicatum solvi?* La caution peut-elle être demandée en appel? La caution fournie en première instance est-elle tenue nécessairement des frais d'appel? *Q.* 700. — Y a-t-il, soit à raison de la matière, soit à raison de la qualité des personnes, exception au principe que tout étranger demandeur est assujetti à fournir caution, si le défendeur le requiert? *Quid*, si l'étranger a été admis par le roi à établir son domicile en France? *Q.* 701 — Mais si le demandeur et le défendeur étaient étrangers, ce dernier pourrait-il exiger la caution? *Q.* 702. — Le juge peut-il suppléer l'exception *judicatum solvi?* *Q.* 703. — Comment concilier la disposition de l'art. 166, qui veut que l'exception de caution soit proposée avant toute autre exception, avec l'art. 169, qui prescrit la même obligation relativement à l'exception déclinatoire? — *Autrement* : Quelle est, des deux exceptions dont il s'agit, celle que l'on doit proposer la première? *Q.* 704. — La caution ne doit-elle être fournie que dans les cas où la demande est portée devant un tribunal civil? *Q.* 705 — Comment se forme la demande de la caution? Dans quel délai et comment cette caution est-elle fournie? *Q* 706 (1).

CXXV. En chaque État, les tribunaux sont spécialement institués pour rendre la justice à ses membres. Mais un étranger peut avoir des demandes à former contre l'un d'eux ; la raison et l'équité ne permettent pas de lui refuser l'appui de l'autorité judiciaire. Ce principe du droit des gens est formellement consacré par l'article 15 du Code civil. Cependant il était juste de subordonner l'exercice de la faculté que cet article donne à l'étranger de citer un Français devant les tribunaux du royaume, à une condition préalable, sans laquelle celui-ci serait exposé à perdre les frais de procédure qu'il eût faits contre une personne dont il lui serait difficile de discuter les biens, ou qui pourrait ne présenter aucune solvabilité. Cette condition est celle de la caution que l'étranger doit fournir, aux termes de l'article ci-dessus, et en exécution de l'article 16 du Code civil, pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès (2); garantie qui a été exigée dans tous les temps et chez la plupart des nations; et quoique aucune loi avant le Code civil ne contînt à cet égard de disposition formelle, la caution était ordonnée d'après une jurisprudence constante, qui admettait néanmoins certaines exceptions. Nos lois actuelles les ont réduites à une seule pour les affaires commerciales. Elle est fondée sur la célérité que ces affaires exigent, et sur ce qu'il importe à l'Etat de ménager, à l'égard des négociants étrangers, la confiance et le crédit, qui sont les bases essentielles du commerce.

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Le jugement qui ordonne la caution *judicatum solvi*, n'étant qu'un préparatoire, ne peut prononcer de condamnations définitives aux dépens. (Colm., 3 fév. 1821, *J. Av.*, t. 23, p. 41.) — A moins qu'il n'y ait eu des contestations mal fondées de la part du demandeur ou du défendeur.

2° L'étranger condamné à fournir la caution *judicatum solvi*, et qui a consigné la somme fixée, peut, dans le cas où son adversaire interjette appel pour obtenir une caution plus forte, appeler lui-même incidemment pour se faire décharger de l'obligation de fournir caution. (Metz, 26 mars 1821, *J. Av.*, t. 23, p. 107.)

3° Le jugement qui statue sur la demande formée par le défendeur tendant à obtenir la caution *judicatum solvi*, jusqu'à concurrence d'une somme inférieure à 1000 fr., sauf à augmenter s'il était jugé nécessaire dans le cours de la contestation, est susceptible d'appel. (Brux., 11 juin 1826, *J.* des arrêts de cette Cour, t. 1 de 1826, p. 100.

4° Les amendes qui sont encourues par l'étranger demandeur, et qui n'ont pas dû être consignées avant la poursuite de l'instance n'entrent point dans la fixation du cautionnement. C'est aussi l'avis de M. BONCENNE, t. 3, p. 190.

5° L'étranger défendeur, qui, sur la négligence du Français demandeur, poursuit l'audience pour obtenir jugement, n'est pas tenu de fournir caution. (Paris, jugement de première instance, 19 juill. 1828, *Gaz. des Trib.* du 20 juill. 1828, n° 921.)

(2) On nomme cette espèce de caution *judicatum solvi*, ce qui signifie PAYER LE JUGÉ.

696. *Les sujets d'un Etat où un Français peut plaider, même en demandant, sans fournir caution, sont-ils tenus à en donner une pour plaider sur une demande qu'ils formeraient devant un tribunal du royaume?*

Il faut distinguer si le Français n'est admis à plaider chez l'étranger, sans donner caution, que par la loi de l'étranger: cette considération est insuffisante pour accorder à l'étranger la même faveur en France.

En effet, lors de la discussion du Code civil, au Conseil d'Etat, on retrancha de l'article 11 le mot *lois,* afin que la législation française ne dépendît point, à l'égard des étrangers, de la législation particulière des étrangers à l'égard des Français. (*V.* l'*Esprit du Code civil,* par M. LOCRÉ, t. 1, p.310.) [[Cette opinion a été avec raison adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 456, et BONCENNE, t. 3, p. 181.]]

Mais si les traités entre la France et une puissance étrangère portaient exemption pour les Français de l'obligation de fournir caution, cette clause devrait être exécutée en France à l'égard des sujets de cette puissance, conformément au principe de réciprocité consacré par l'article 11.

Telle était l'opinion des auteurs du *Praticien français,* t. 1, p. 18. Quelques jurisconsultes pensaient, au contraire, que le principe de réciprocité ne devait s'appliquer qu'à l'exercice des droits civils, et non à une faveur telle que la caution *judicatum solvi,* à un privilége qui n'est accordé qu'aux Français.

Mais la Cour de cassation, par arrêt du 9 avril 1807, rapporté par M. SIREY, t. 7, p. 302, et *J. Av.,* t. 6, p. 541, a consacré l'opinion des auteurs du *Praticien,* en donnant, entre autres motifs de la décision qu'elle avait à prononcer, et dont nous allons rendre compte sur la question suivante, qu'*aux termes des capitulations et par réciprocité, les Suisses n'étaient point assujettis à la caution* judicatum solvi.

[[Nous avons rapporté, *J. Av.,* t. 34, p. 142, et t. 36, p. 348, les traités spéciaux faits avec les cantons helvétiques; un arrêt de la Cour de cassation du 28 décembre 1831 a confirmé la jurisprudence déjà établie et maintenant incontestable; MM. BOITARD, t. 2, p. 11; PIGEAU, *Commentaire,* t. 1, p. 373, et THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 314, enseignent la même doctrine.]]

Supp. alph., V° *Caution judicatum solvi,* n. 26 et s.

697. *Si le procès avait pour objet une demande en dommages-intérêts, peut-on dire que la caution doive être fournie même pour ces dommages-intérêts, quoiqu'ils ne soient point les accessoires d'une condamnation principale, mais l'objet de la condamnation principale elle-même?*

Cette difficulté naît de ce que l'article 16 du Code civil porte dommages-intérêts *résultant* du procès, et l'article 166 du Code de procédure, *dommages et intérêts auxquels ils* (les étrangers) *pourraient être condamnés.*

Les expressions de ces deux articles ont donné lieu à M. PIGEAU, liv. 2, part. 2e, tit. 1er, ch. 1er, sect. 3, art. 5, de dire que les dommages-intérêts pour lesquels le défendeur peut requérir caution ne sont pas ceux *résultant du principal de la contestation,* mais seulement les dommages-intérêts résultant du procès; ainsi, ajoute-t-il, il ne faut pas confondre ces deux sortes de dommages-intérêts. Les seconds sont une suite de la contestation; les premiers sont nés avant elle. Si le défendeur réclame ceux-ci, il se constitue demandeur; l'étranger, demandeur principal, mais défendeur à cet égard, ne peut être assujetti à la caution.

M. Delvincourt, dans ses *Institutes,* t. 1, p. 299, paraît expliquer autrement ces mots de l'art. 16 du Code civil, *résultant du procès.* « Si donc, dit-il, le juge-« ment prononçait contre l'étranger une condamnation en dommages-intérêts,

« mais résultant d'une autre cause que celle qui a donné lieu à la demande, la « caution n'en serait pas tenue. »

Ainsi, cet auteur ne fait point la distinction de M. Pigeau entre les dommages dont la cause serait antérieure ou postérieure au procès; et l'on pourrait, jusqu'à un certain point, trouver un appui à cette opinion dans l'art. 166 du Code de procédure, qui ne répète point le mot *résultant* employé dans l'art. 16 du Code civil, et qui, par la généralité de ses termes, paraîtrait décider qu'il y a lieu à fournir caution toutes les fois qu'il peut survenir condamnation en dommages-intérêts.

C'est peut-être ce qui a porté M. PROUDHON, t. 1, p. 80, à dire que l'étranger doit consigner une somme suffisante pour répondre de *tous frais et dommages-intérêts.*

Nous nous rangeons sans restriction à l'avis de M. Pigeau, 1° parce que la loi, soit dans l'article 16 du Code civil, soit dans l'article 166 du Code de procédure, aurait exprimé que la caution serait fournie pour le montant des condamnations à intervenir en principal, intérêts et frais, s'il avait été dans l'intention du législateur d'assujettir l'étranger à la fournir pour des causes de condamnations antérieures au procès; 2° parce qu'il n'y avait aucune raison pour que l'on eût assujetti l'étranger demandeur à cautionner pour des dommages-intérêts, dont la cause remonterait à une époque antérieure au procès engagé (1).

[[L'opinion de M. Carré ne nous paraît pas contestable; cependant nous n'admettons pas, comme lui, que la difficulté naisse des termes des art. 16 du Code civil et 166 du Code de proc. : ces articles sont fort clairs, et, comme l'a dit M. Duranton, t. 1er, p. 103, n° 160, not. 1, *l'étranger n'est pas tenu de fournir caution pour le principal de la demande, car, si elle est mal fondée, il n'aura rien à recevoir; si elle est bien fondée, c'est le Français défendeur qui en devra payer le montant.*

Nous pensons également que c'est à tort que M. Carré a cherché une contradiction dans les opinions de MM. Pigeau et Delvincourt, qui tous les deux professent, comme M. Carré lui-même, que la caution ne doit être tenue que des dommages-intérêts que la demande de l'étranger peut directement occasionner au défendeur.

Il serait injuste, pour ne rien dire de plus, de forcer une caution qui n'a été introduite que pour la sécurité d'un Français contre un demandeur de mauvaise foi, de payer le montant d'une précédente condamnation, parce que cette précédente condamnation aurait porté sur des dommages-intérêts.

Les nouveaux auteurs qui ont écrit depuis M. Carré sont unanimes. *V.* MM. BONCENNE, t. 3, p. 189; BOITARD t. 2, p. 12, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 317, et un arrêt conforme de la Cour de Colmar, du 3 février 1821. (*J. Av.* t. 23, p. 41.)]] **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*, n. 1.

---

(1) En effet, la disposition de la loi n'a d'autre objet (*V. Exposé des motifs*) que d'empêcher un étranger, mal fondé au principal, de vexer un Français par une mauvaise contestation, qui l'obligerait à des avances et à des frais qui pourraient être en pure perte pour lui; de même on a voulu procurer au Français une garantie contre tout préjudice qui pourrait être porté à ses intérêts par l'étranger, dans le cours du procès auquel la demande de cet étranger donnerait lieu.

Au reste, dans l'absence d'un texte formel, on ne peut présumer que l'art. 166 du Code de proc. ait ajouté à la disposition du Code civ.; et cet article, en parlant des *frais et dommages-intérêts* auxquels l'étranger *pourrait être condamné*, suppose nécessairement des dommages-intérêts qui ne seraient pas l'objet de la contestation principale.

697 bis. *Dans quels cas l'étranger intervenant doit-il donner caution?*

Il est bien évident que si l'étranger est forcé d'intervenir, assigné en intervention, il n'est plus demandeur intervenant, et que le motif de la loi n'existe plus, quand bien même on le forcerait d'intervenir pour le demandeur principal, car il ne peut jamais être assigné que dans l'intérêt d'une des deux parties, et jamais dans son intérêt exclusif. M. Berriat-Saint-Prix, t. 2, p. 227, note 41, a cru nécessaire d'établir ce principe.

Il doit en résulter la conséquence, que l'étranger doit la caution si au contraire il intervient spontanément pour le demandeur, ou s'il intervient dans son intérêt privé, pour revendiquer une chose que se disputent deux plaideurs. Cette opinion est enseignée dans tous les livres. *V.* MM. DELVINCOURT, t. 1er, p. 197, note 3; PIGEAU, liv. 2, part. 2, tit. 1er, chap. 1er, sect. 3, § 1er, art. 1er, et les auteurs du *Praticien français*, t. 2, p. 16.]] (1) **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*. n. 1.

698. *Peut-on exiger cette caution d'un etranger qui poursuivrait, contre un Français, l'exécution d'un titre paré et exécutoire,* [[*ou qui ferait une saisie-arrêt sans titre exécutoire, ou dont le titre serait contesté; — Ou qui serait demandeur en nullité de saisie, ou en revendication d'objets saisis?*]]

L'arrêt cité sur la question 696 a prononcé négativement sur celle-ci; il a même jugé que la poursuite d'expropriation, faite en vertu de titre exécutoire, ne formait pas une demande judiciaire de la nature de celles prévues par l'art. 166, et que par conséquent elle n'était point soumise à la caution.

[[Nous avons réuni sous ce numéro six questions dont la solution ne nécessite pas de longs développements, et qui ont entre elles une certaine analogie.

1° Nous adoptons l'opinion de M. Carré, conforme à celle de MM. MERLIN, t. 16, p. 138; DURANTON, t. 1, p. 105, n° 164; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 138; BONCENNE, t. 3, p. 178; FAVARD-DE-LANGLADE, t. 2, p. 456, et PIGEAU, *Commentaire* t. 1, p. 373.

2° Deux arrêts de la Cour de Bordeaux des 23 juin 1828 et 25 août 1829 (*J. Av.* t. 36, p. 30, et *Bibliothèque du commerce de Bordeaux*, t. 6, p. 390), ont décidé, avec raison, que l'étranger qui formait une saisie-arrêt sans titre exécutoire, devait donner caution; le premier de ces deux arrêts est remarquable, en ce sens qu'il a jugé que la déchéance, faute d'avoir fourni caution, n'était que comminatoire, *attendu que le Français qui l'oppose ne peut se plaindre de rester exposé dans la suite à la même action, puisqu'il dépend de lui de ne pas exiger de cautionnement, et de faire statuer sur le fond du droit.*

Dans l'espèce du second arrêt, il y avait cela de remarquable que la nature et la cause de la créance étaient commerciales.

3° Il doit y avoir nécessité d'une caution pour le cas où un étranger revendique comme sa propriété des objets saisis sur un tiers. La Cour de Bruxelles l'a ainsi décidé le 20 octobre 1825 (*J. des Arr. de cette Cour*, t. 1er de 1826, p. 20), en se fondant sur ce qu'un étranger qui intente une action réelle en revendication doit être à cet égard considéré comme demandeur principal.

4° Un arrêt de la Cour de Liége, du 29 novembre 1828 (*Journ. des Arrêts de Bruxelles*, t. 2 de 1829, p. 416), a imposé à un étranger poursuivant, la caution *judicatum solvi*, « Attendu que si l'étranger, demandeur en expropriation forcée n'est pas obligé de fournir la caution *judicatum solvi*, ce n'est que lorsqu'il n'y a pas de contestation sur la validité du titre et qu'il est exécutoire,

(1) *V. infrà*, la note de la *Question* 702.

« tandis que la contestation actuelle roule sur le titre même; que l'intimé soutient qu'il n'est pas exécutoire contre lui, ni sur ses biens, et que les premiers juges l'ont ainsi jugé. »

Cette solution nous paraît bien sévère et nous regrettons que l'*arrêtiste* n'ait pas rapporté tous les faits de la cause.

Il faut admettre que si, sous le prétexte d'un titre exécutoire, un étranger faisait une saisie-arrêt sur un Français, en vertu d'un jugement rendu entre cet étranger et un autre Français, ou bien ne portant aucune condamnation, si enfin la chicane et la mauvaise foi débordaient, les magistrats auraient le droit d'ordonner la caution, parce que la règle est générale et que l'exception tirée du titre doit être restreinte à son cas spécial. Cependant nous n'hésitons pas à penser que les tribunaux doivent être excessivement sobres de semblables décisions qui tendraient à paralyser entre les mains d'un étranger un titre exécutoire dans lequel, comme le dit M. DURANTON (*loco citato*) *le souverain ordonne directement aux officiers par lui préposés de prêter leur ministère pour l'exécution, lorsqu'ils en sont légalement requis.*

5° S'il est vrai de dire, avec M. BONCENNE, t. 3, p. 177, que la défense est de droit naturel, *actor voluntarié agit, reus autem ex necessitate se defendit*, il est équitable de décider, avec ce savant auteur, qu'imposer l'obligation de fournir caution à l'étranger, demandeur en nullité d'une saisie jetée sur ses biens ou sur sa personne, *ce serait s'en tenir à l'écorce du mot demandeur.*

L'ancienne jurisprudence dispensait, dans ce cas, l'étranger de fournir caution; c'est ce qu'attestent LEFEBVRE DELAPLANCHE, *Traité du Domaine*, liv. 6, chap. 8, n° 7, et M. MERLIN, *Questions de droit*, t. 1, p. 391, § 3. Aucun mot du nouveau droit ne révèle une modification de la part du législateur.

C'est avec raison que, le 13 novembre 1836, le tribunal de la Seine a jugé que l'étranger, demandeur en main-levée d'une opposition à la délivrance d'un legs, ne doit pas être soumis à l'obligation de fournir caution. (*J. Av.*, t. 51 p. 713.)

6° Mais que décidera-t-on si l'étranger est demandeur en nullité d'un emprisonnement, ou d'une recommandation? M. LEGAT, Code des étrangers, p. 311, s'appuie sur un arrêt du 20 octobre 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 119), pour décider qu'une caution doit être fournie; le 21 juin 1826 la Cour de Bruxelles (*J. des Arr.* de cette Cour, t. 2 de 1826), avait décidé le contraire, « attendu qu'une demande en élargissement formée par un détenu contre celui qui l'a fait écrouer, doit être envisagée non point comme une demande principale dans le sens de l'art. 166, Cod. proc. civ., mais comme une défense à l'exécution de l'ordonnance, ou du titre en vertu duquel il a été emprisonné; d'où il suit qu'en considérant l'intimé comme défendeur, et en décidant en conséquence qu'il ne devait point fournir de caution, le premier juge n'a infligé aucun grief à l'appelant. — Attendu qu'au surplus, la demande en dommages-intérêts, n'étant que l'accessoire et la suite de la demande en élargissement, ne forme de son côté, sous aucun rapport, une demande principale. »

Nous ajouterons que, le 22 octobre 1831, la chambre des vacations du tribunal de la Seine a jugé comme la Cour de Bruxelles, *attendu que la demande en élargissement n'est qu'une défense à l'arrestation, aussi bien qu'une demande en main-levée d'opposition n'est que la défense à la demande en validité.*

Telle est, selon nous, la véritable doctrine; et nous avons peine à concevoir comment l'opinion contraire a pu être adoptée par une Cour et par un auteur estimable. Il suivrait aussi de cette opinion que, toutes les fois qu'un étranger résiste *à une exécution* faite en vertu d'un acte authentique, il est demandeur, ce qui est inadmissible. Lorsque l'étranger résiste à des poursuites exercées sur sa personne ou sur ses biens, il n'attaque point, il veut se soustraire à la demande trop pressante qui lui est faite

Autrement, l'étranger qui est emprisonné pour dettes ne pourrait jamais obtenir son élargissement, quoiqu'il fût détenu illégalement, car il est bien évident que sa nouvelle résidence ne lui a pas de nature à entraîner la confiance d'un fidéjusseur. **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*, n. 2 et s.

699. *Les jugements rendus au profit des étrangers, dans une matière pour laquelle il y a un recours ouvert au conseil d'état, peuvent-ils être exécutés, si cet étranger n'a pas fourni caution ?*

L'art. 3 du décret du 22 juill. 1806 porte que, dans les matières contentieuses où le recours des parties au Conseil d'état est autorisé, ce recours n'est pas suspensif, s'il n'en est autrement ordonné. Il était à craindre que des étrangers qui auraient obtenu, contre des Français, des condamnations en semblables matières, n'eussent rendu ce recours illusoire, en s'empressant de les faire exécuter.

C'est pour obvier à cet inconvénient qu'un second décret, du 7 février 1809, a ordonné « que les jugements rendus au profit des étrangers qui auraient obtenu des adjudications dans les matières pour lesquelles il y a recours au « Conseil d'état, ne pourraient être exécutés, pendant le délai accordé pour « le recours, qu'autant que l'étranger aurait préalablement fourni en France « une caution bonne et suffisante. » (1)

700. *Un étranger qui a plaidé en cause principale comme défendeur, et qui le fait en cause d'appel comme appelant, doit-il, en cette dernière qualité, être considéré comme demandeur, et conséquemment être tenu à donner la caution* JUDICATUM SOLVI ? [[*La caution peut-elle être demandée en appel* (2) ?]]

Brillon, au mot *Caution*, n° 225, rapporte un arrêt de la grand'chambre du Parlement de Paris, du 16 janv. 1710, qui a jugé pour la négative.

Un arrêt postérieur, du 4 mai 1736, que l'on trouve au nouveau Dénisart, v° *caution jud. sol.*, tom. 4, pag. 328, a prononcé de la même manière. En effet, observent les éditeurs, lorsque l'étranger défendeur est condamné et se pourvoit par appel, requête civile ou cassation, on ne peut lui demander caution ; car, quoique devenu demandeur, comme sa demande n'a toujours pour objet que la défense contre l'action dirigée contre lui, elle n'est pas, à proprement parler, une demande : il n'agit plus de son plein gré contre celui qui entame un procès : il est forcé d'agir.

Par la raison contraire, dit M. Merlin, v° *caution jud. sol.*, § 1, un intimé, qui est demandeur originaire, conserve cette qualité en cause d'appel ; et si sa partie adverse n'a point perdu, *en contestant au fond* en première instance, le

---

(1) Il convient de remarquer,

Premièrement, que cette caution n'est point de la nature de celle dont parle l'art. 166, et qui n'a pour objet que le paiement des frais et des dommages-intérêts ; c'est une caution semblable à celle que les juges doivent ou peuvent ordonner dans les cas où le jugement peut être exécuté provisoirement, d'après l'art. 135, et qui conséquemment a pour objet d'assurer, en cas de réformation par le Conseil d'Etat, le remboursement des condamnations que l'étranger mettrait à exécution.

Secondement, qu'à la différence du cas de pourvoi au Conseil d'état on ne peut, en aucun cas, ordonner en faveur du Français qui s'est pourvu en cassation contre un jugement rendu au profit d'un étranger, que son adversaire, avant de l'exécuter, fournirait caution. — (Cass., 4 prair. an 7, *S.*, t. 7, 2e part., p. 943 ; *J. Av.*, t. 6, p. 412.) [Cette doctrine incontestable a été consacrée de nouveau par un arrêt de Paris du 22 nov. 1831, *J. Av.*, t. 44, p. 176.]

(2) *V.* la note qui suit sur cette question

droit de lui demander la caution *judicatum solvi*, il sera tenu de la lui donner, ainsi qu'il a été décidé par un arrêt du Parlement de Flandre, du 12 janvier 1784.

Tel est aussi l'avis de M. Lepage, dans ses Questions de procédure, pag. 157, et nous ne voyons, comme lui, aucune raison pour ne pas se conformer, sous l'empire du nouveau Code, à ce qui se pratiquait sous l'ancienne jurisprudence (1).

[[La jurisprudence est constante sur cette question, et le principe n'est contesté par aucun auteur; arrêts de Metz, 27 août 1817, et Limoges, 20 juill. 1832, Paris, 31 janv. 1835; *J. Av.*, t. 6, p. 571, t. 45, p. 517, et t. 49, p. 606; BONCENNE, t. 3, p. 179; FAVARD-DE-LANGLADE, t. 2, p. 456; DELVINCOURT, t. 1, p. 197, note 2. et LÉGAT, *Code des étrangers*, p. 314.]]

Supp. alph., V° *Caution judicatum solvi*, n. 9 et s.

---

(1) Ce que nous disons ici ne s'entend que d'une caution à fournir pour les frais de l'instance d'appel : car de deux choses l'une: ou la caution a été ordonnée et fournie en première instance, ou elle n'a pas été demandée, ni conséquemment ordonnée et fournie. Dans le premier cas, la caution n'a pu s'étendre qu'aux frais et dommages-intérêts adjugés au premier tribunal, et non à ceux qui auraient lieu dans la juridiction d'appel; dans le second cas, la caution ne peut, pour ces mêmes objets, être demandée en cause d'appel, puisque cette demande a dû être proposée *in limite litis* (art. 166, et arrêt de Toulouse du 27 déc. 1819, *S.*, t. 20, 2e part., p. 312, et *J. Av.*, t. 18, p. 935); donc, en tous les cas, la caution *judicatum solvi* ne peut être demandée en second degré de juridiction que pour les frais de l'instance d'appel.

[L'observation de M. CARRÉ nous paraît très judicieuse; la même doctrine est professée par M. BONCENNE, t. 3, p. 191, qui cite BACQUET, *Traité du droit d'aubaine*, ch. 16, n° 9, et pense que dans les frais de première instance ne rentrent pas ceux d'appel.

Cependant la jurisprudence n'est pas conforme à cette opinion. La Cour de Liège, le 29 nov. 1828 (*J.* de Bruxelles, t. 2 de 1829, p. 416), et la Cour de Paris, le 14 mai 1831 (*J. Av.*, t. 2, p. 290), ont accueilli la caution *judicatum solvi* demandée pour la première fois en appel.

Le contraire a été jugé par la Cour de Montpellier (arrêt cité par M. Carré); par la Cour de Bruxelles, les 12 juin 1828 et 8 déc. 1831 (*J.* des arrêts de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 261, et t. 1er de 1832, p. 63); par la même Cour, le 13 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 334); par la Cour de Toulouse, le 16 août 1831 (*J. Av.* t. 46, p. 160). et par la Cour de Douai, le 15 avril 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 160, et t. 50, p. 377.)

Du principe assez généralement admis, il résulte cette conséquence que la caution fournie en première instance ne sera pas tenue des frais d'appel, si rien n'a été expliqué dans les conclusions et le jugement; il en serait autrement si la caution avait été demandée pour tous les frais d'instance et d'appel, et si le jugement passé en force de chose jugée l'avait ainsi ordonné.

Mais que décidera-t-on dans le cas où l'étranger aura gagné son procès et sera intimé?

M. BONCENNE, t. 3, p. 179, répond ainsi: « L'étranger demandeur devant les premiers « juges a obtenu gain de cause; c'est le dé- « fendeur qui se rend appelant. Au tribunal « supérieur, l'étranger est intimé, il se dé- « fend contre l'appel. Qu'importe? L'étran- « ger sera toujours ce qu'il était originaire- « ment; il ne cessera point d'être le deman- « deur; il ne se défend contre l'appel que « pour soutenir sa demande; il devra donner « la caution de payer le jugé de cette seconde « instance, s'il en est requis, et si l'excep- « tion n'a pas été couverte. »

M. Boncenne, pour décider qu'en appel une nouvelle caution pouvait être demandée, s'est appuyé sur ce motif que *causa appellationis est diversa à causa principali, estque instantia diversa.* Comment accorde-t-il ce principe avec la seconde décision qu'on vient de lire? l'instance ne peut pas être principale dans un cas et la suite d'une autre instance dans un autre; si l'instance d'appel est principale, l'étranger *assigné, intimé*, n'est que défendeur; en sa faveur s'élève d'ailleurs une présomption qui permet d'interpréter l'art. 166 dans un sens plus favorable aux étrangers. Nous ne pouvons pas adopter l'extension donnée à cet article par M. Boncenne.

701. *Y a-t-il, soit à raison de la matière, soit à raison de la qualité des personnes, exception au principe que tout étranger demandeur est assujetti à fournir caution, si le défendeur le requiert? Quid, si l'étranger a été admis par le roi à établir son domicile en France?*

Comme nous l'avons dit au commentaire de l'article, pag. 156, il n'y a d'autre exception, quant à la matière, que celle portée, pour les affaires commerciales, dans l'art. 16 du Code civil. La disposition de cet article est formelle à cet égard : *en toutes matières*, y est-il dit, autres que celles de commerce, l'étranger sera tenu de donner caution.—(Voy. *aussi art.* 423 *du C. de Proc.*) [[et les questions que nous y avons traitées.]]

Nous ne croyons pas même, quoique l'art. 166 se trouve au titre de la procédure devant les tribunaux d'arrondissement, que l'étranger demandeur en justice de paix soit dispensé de la caution. Cette considération ne peut être ici d'aucune influence, parce que l'art. 16 du Code civil établit en principe général l'obligation de donner cette caution.—(Voy. *les questions de Lepage*, p. 156.) [[*V. infrà*, p. 167, la question 705.]]

Quant aux personnes, nulle exception n'est prononcée; il suffit que le demandeur soit étranger, quelle que soit sa dignité, fût-il même ambassadeur d'une cour étrangère près celle de France, pour qu'il donne la caution dont il s'agit. La preuve s'en trouve dans ces expressions générales de l'art. 166 : *Tous étrangers, etc.*(1).

[[La qualité de souverain ne devrait même pas placer le demandeur dans une position exceptionnelle; pourquoi donc, disait M. l'avocat général Séguier, un « souverain en serait-il exempt? il n'est souverain que dans ses états; sa qua- « lité est au contraire un titre de plus pour exiger de lui la caution, puisqu'il « ne serait pas possible de mettre à exécution, dans ses états, les condamna « tions qu'il aurait encourues. » M. BONCENNE, t. 3, p. 173, cite ces paroles et les approuve; application de ce principe a été faite en Angleterre au roi de Grèce, Othon Ier (*Journal général des tribunaux*, n° 331, du 24 nov. 1837.) MM FAVARD-DE-LANGLADE, t. 2, p. 456; MERLIN, *Questions de droit*, v° *Exceptions* § 1er, n° 4; BOITARD, t. 2, p. 8, et PIGEAU, liv. 2, part. 2, tit. 1er, chap. 1er sect. 3, art. 2, professent la même doctrine; ce dernier auteur voit même un motif de plus pour exiger une caution de personnages d'un rang aussi élevé; « il y a difficulté, dit-il, à se faire payer sur des biens situés hors de France

---

(1) A la vérité, l'on trouverait dans les monuments de l'ancienne jurisprudence des exemples de Françaises mariées en pays étranger, avec un étranger, qui ont été dispensées de fournir la caution, du moins pour la poursuite de leurs droits immobiliers. Mais, comme le fait observer M. Merlin (*V. nouv. Répert.*, ibid, p. 105), on ne pourrait plus juger de même aujourd'hui, puisque l'art. 19 du Code civil déclare étrangère, et soumet, par conséquent, aux dispositions de l'art. 16 de ce même Code, et à celles de l'art. 166 de celui de procédure, toute Française qui épouse un étranger. [Nous pensons aussi avec M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 156, que la lettre de la loi est formelle.]

De même, ceux qui ont perdu la qualité de Français par une des causes mentionnées en l'art. 17 du Code civil, sont assujettis à la caution.

Mais on observera que, dans le cas où un étranger se constitue incidemment demandeur, on ne peut exiger de lui la caution pour raison de cette demande incidente, si elle n'est qu'une défense contre l'action principale. — (*V. le nouv. Denisart, en l'endroit cité sur la* Question 700.)

Les termes de l'art. 166 justifient cette opinion, puisqu'ils n'assujettissent à fournir la caution que l'étranger demandeur *principal* ou *intervenant*. [Ce que nous avons dit aux *Questions* 697 *bis* et 698 vient à l'appui de l'opinion de M. Carré.]

« appartenant à un particulier, combien plus grande est cette difficulté, lorsque ces biens appartiennent à un homme puissant. »

Une exception au principe général ressort de la disposition de l'art. 13 du Code civil ; un étranger admis par le gouvernement à établir son domicile en France jouit des droits civils, et comme le fait observer M. BONCENNE, t. 3, p. 180, *c'est essentiellement un droit civil que la liberté de plaider sans cautionnement préalable.* Il ne sera donc pas soumis aux prescriptions de l'art. 166. Telle est aussi l'opinion de MM. BOITARD, t. 2, p. 11, et FAVARD-DE-LANGLADE, t. 3, p. 180.]] **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*, n. 16, 17, 20 et s.

702. *Mais si le demandeur et le défendeur étaient étrangers, ce dernier pourrait-il exiger la caution ?*

L'affirmative a été prononcée par arrêt du Parlement de Paris, du 23 août 1771. On peut voir, soit au nouveau répertoire, tom. 2, pag. 104, soit dans les Questions de M. Lepage, pag. 157, les raisons d'après lesquelles la même décision devrait être portée sous l'empire de nos lois actuelles.

[[Sur cette question, assez délicate, il faut en convenir, les auteurs sont divisés, mais la jurisprudence ancienne et nouvelle est unanime.

MM. DURANTON, t. 1, p. 205, n° 166; PIGEAU, liv. 2, p. 2, tit. 1er, chap. 1er, sect. 3, § 1er, et LEGAT, *Code des étrangers*, p. 313, pensent que l'établissement de la caution est une institution de notre droit civil, et que les effets de ce droit ne doivent profiter qu'aux Français et aux étrangers admis à l'exercice des droits civils. M. Duranton y ajoute que l'étranger défendeur qui est attaqué par un demandeur insolvable, peut décliner la juridiction française et que la question perd ainsi de son intérêt.

A notre mot caution, n° 47 (*J. Av.*, t. 6, p. 586), nous avions trouvé juste cette réflexion de cet auteur, sans adopter l'opinion, quant au fond, mais M. BOITARD, t. 2, p. 10 et 11, signale des cas nombreux où, à raison de la situation de l'immeuble litigieux, le défendeur sera forcé de plaider devant les tribunaux français ; nous ajouterons qu'en matière de saisie-arrêt, de pension alimentaire, la position du défendeur sera la même ; ainsi doit tomber en thèse générale l'observation de M. Duranton.

Pour que l'opinion des auteurs que nous venons de citer pût être soutenue avec avantage, il faudrait un texte contenant le germe de l'exception qu'ils ont cherché à introduire. L'art. 166 est conçu en termes généraux ; ses motifs s'appliquent tout aussi bien aux étrangers qu'aux Français ; c'est donc uniquement à la qualité du demandeur qu'il faut s'attacher.

Cette doctrine est enseignée par MM. MERLIN, v° *Caution judicatum solvi*, § 1er ; FAVARD-DE-LANGLADE, t. 2, p. 456 ; BONCENNE, t. 3, p. 183 ; THOMINE-DEMAZURES, t. 1, p. 314, et BOITARD (*loco citato.*) Elle a été consacrée par un jugement du tribunal de la Seine du 19 juill. 1827 (*Gazette des tribunaux*, n° 589, du 22 juill. 1837), par trois arrêts, l'un de la Cour de Rouen du 26 juin 1828, le second de la Cour de Paris du 28 mars 1832, et le troisième de la même Cour du 30 juill. 1834. (*J. Av.*, t. 35, p. 8, t. 42, p. 289 et t. 47, p. 602.]] **Supp.**, p. 217. Aut. arr. conf. et cont.

703. *Le juge peut-il suppléer l'exception* JUDICATUM SOLVI ?

Non, sans doute, puisque, d'un côté, l'art. 166 porte que l'étranger sera tenu de fournir caution, si le défendeur *le requiert*, et que, de l'autre, la demande de caution doit être formée avant toute autre exception : d'où suit qu'elle est couverte par une exception qui aurait été opposée avant elle ; à plus forte raison, par la contestation sur le fond, et que, par suite de consé-

quences, le juge ne peut d'office ordonner que la caution sera fournie, lorsque le défendeur n'en fait pas la demande.—(Voy. *Quest.* 700.)

[[Telle est aussi, à juste raison, l'opinion de MM. BONCENNE, t. 3, p. 199, et BOITARD, t. 2, p. 9.]]

704. *Comment concilier la disposition de l'art.* 166, *qui veut que l'exception de caution soit proposée avant toute autre exception, avec l'art.* 169, *qui prescrit la même obligation relativement à l'exception déclinatoire ?*

Autrement : *Quelle est, des deux exceptions dont il s'agit, celle que l'on doit proposer la première ?*

Ce sera l'exception de caution, dit M. Commaille, t. 1, p. 212; car, d'un côté, le jugement à intervenir sur le déclinatoire peut donner lieu à des frais pour le recouvrement desquels la caution doit être fournie; de l'autre, l'art. 167 veut que le tribunal évalue la somme : or, comment le ferait-il, si le déclinatoire était opposé le premier?

M. Lepage, dans ses Questions, pag. 157, après avoir exposé les raisons d'après lesquelles il lui semblerait que l'on dût, au contraire, donner la priorité au déclinatoire, termine néanmoins en disant que, si l'on se déterminait à demander d'abord la caution, il ne lui semblerait pas qu'on fût ensuite non recevable à proposer le renvoi pour incompétence relative ou pour litispendance. « La loi, dit-il, a mis ces deux exceptions au même rang, puisqu'elle a « prononcé sur l'une absolument comme sur l'autre : il résulte de là que le « défendeur ne serait pas condamnable de présenter à son choix l'une avant « l'autre. »

On peut voir, dans la Bibliothèque du barreau, 1re part., tom. 3, p. 283, une notice sur les exceptions, dans laquelle la question qui nous occupe est traitée avec plus de développement que par les auteurs que nous venons de citer. Le rédacteur de cette notice accorde la priorité à l'exception de caution, et entre autres raisons de décider, il donne celle-ci, sur laquelle il insiste particulièrement : c'est que l'art. 166 se trouve dans le § 1er du titre des exceptions, tandis que l'art. 169 ne se trouve que dans le § 2 du même titre. Or, dit-il, l'ordre de ces paragraphes, relatifs, le premier à la caution *judicatum solvi*, et le second à la demande en renvoi, indique nécessairement l'ordre dans lequel le législateur a voulu que ces deux exceptions fussent proposées.

Mais restera toujours l'inconvénient aperçu par M. Commaille : c'est qu'en isolant l'exception *judicatum solvi* de l'exception déclinatoire, et en présentant la première avant celle-ci, le tribunal ne prendra pas en considération, dans la fixation qu'il fera de la valeur du cautionnement, les frais auxquels pourra donner lieu cette exception d'incompétence, et qui peuvent être d'autant plus considérables, qu'elle est sujette à parcourir les deux degrés de juridiction.

Pour tout concilier, nous dirons que les art. 166 et 169 plaçant sur la même ligne les deux exceptions dont il s'agit, on ne peut raisonnablement supposer que le législateur ait entendu que la partie qui donnerait la priorité à l'une d'elles se rendît non recevable à opposer l'autre. Il faut donc résoudre la contradiction qui se trouve entre les deux articles par ce principe général d'interprétation, que toutes les fois qu'il y a contrariété entre deux dispositions législatives, on doit interpréter de manière à ce que chacune d'elles produise son effet suivant les vues du législateur. — (*V. l'Introd. générale*, tit. 4.)

Or, l'exception de caution n'est établie qu'en faveur du défendeur, auquel la loi ne veut pas qu'il arrive le moindre préjudice d'une demande qui serait injustement formée contre lui par un étranger. Il faut donc qu'il ait sûreté du remboursement, non seulement des frais de la contestation au fond, mais

encore de ceux du déclinatoire; il faut donc qu'en proposant d'abord l'exception de caution, il annonce de suite opposer un déclinatoire et qu'il le réserve, en concluant à ce qu'il plaise au tribunal le prendre en considération dans la fixation du montant de la caution : cette fixation faite, il plaiderait ses moyens d'incompétence (1).

[[« Si de l'art. 169, dit M. BOITARD, t. 2, p. 26, on rapproche l'art. 166, la « difficulté devient plus grave; la caution doit être requise de l'étranger, non « seulement avant toute défense au fond, mais avant toute autre exception; « dès lors laquelle des deux doit marcher avant l'autre? car la loi ne dit pas « même qu'on puisse les proposer conjointement; elle impose à chacune « d'elles une nécessité d'antériorité; elle suppose que chacune serait couverte « non seulement si elle était primée, mais si elle concourait avec une autre? « L'embarras augmente encore quand on lit l'art. 173, d'après lequel l'ex- « ception fondée sur la nullité de l'exploit d'ajournement doit être proposée « avant toute autre exception, hors les exceptions d'incompétence, les dé- « clinatoires qui précèdent.... La lettre de ces trois articles, il faut bien le re- « connaître, présente une sorte d'antinomie..... Il y a évidemment anomalie « dans les deux textes (art. 166 et 169); chacun d'eux veut que l'exception « d'incompétence soit proposée avant toute autre; il faut donc laisser de côté « ce combat de textes pour en venir à des raisons plus sérieuses. »

« Comment concilier les trois articles 166, 169 et 173, a dit M. BONCENNE, t. 3, « p. 200, ces dispositions qui semblent, si je puis parler ainsi, se disputer le « pas?.... A mon avis, il n'est pas supposable que le législateur ait eu la frivole « intention de cisailler son plan à mesure qu'il travaillait à le tracer, et de « mettre en flagrant conflit des articles de son code. »

De ce point de vue, ces deux estimables auteurs n'aperçoivent plus de difficulté, et faisant ce que le législateur aurait dû faire, ils énumèrent les nombreux motifs qui selon eux doivent classer les exceptions dans l'ordre même des numéros du Code : la caution, *la première;* l'incompétence, *la seconde*, et la nullité d'exploit, *la troisième*; la section du tribunat avait déclare avant eux *qu'il serait contraire à toutes les règles de justice et de bienséance, qu'après qu'un étranger aurait long-temps plaidé devant un tribunal, on vînt lui faire l'injure de demander une caution pour éloigner le jugement.* (LOCRÉ, t. 21, p. 435.)

---

(1) Telle est notre opinion particulière; mais M. DELVINCOURT, t. 1er, p. 298, accorde la priorité au déclinatoire, par la raison que, d'après l'art. 167, c'est au tribunal à fixer la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution doit être fournie, et qu'il faut, par conséquent, qu'il entre au moins légèrement en connaissance de cause : la caution, ajoute-t-il, ne doit donc être raisonnablement demandée que devant le tribunal qui doit rester saisi de l'affaire, le déclinatoire doit donc être proposé avant que la caution puisse être demandée.

Même opinion de M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 228, note 45. « En combinant les art. 169 « et 173, on voit, dit-il, que la première ex- « ception à proposer est le déclinatoire; la « seconde, la nullité ou exception péremp- « toire de forme...; de sorte que l'exception « de la caution de jugé ne doit passer qu'a- « vant les exceptions autres que ces deux-là; « et il paraît que le Tribunat avait demandé « qu'on le décidât formellement. » Et, en effet, M. LOCRÉ, *Esprit du Code de proc.*, t. 1, p. 350, assure que ces mots de l'art. 166, *avant toute exception*, furent ajoutés sur la proposition de la section du Tribunat qui s'expliqua sur le déclinatoire et la nullité, en disant *qu'il n'y avait que l'exception de renvoi ou de nullité qui pût être proposée auparavant, sans que pour cela le défendeur pût se nuire.* [Il est vrai que les mots *avant toute exception* furent ajoutés sur la demande du Tribunat, mais le Tribunat demandait aussi l'addition de ces mots : *autre que celle de renvoi ou de nullité*, et ces mots ne furent pas ajoutés; de plus, dans le projet, les art. 169 et 173 formant les nos 160 et 164 étaient placés avant l'art. 166, qui formait le no 165. — La rédaction définitive place, au contraire, l'art. 166 le premier des dispositions sur les exceptions. LOCRÉ, t. 21, p. 212, 213 et 435.]

Nous l'avons déjà souvent dit en examinant les théories du savant professeur de Poitiers: quand le texte parle, nous lui obéissons, quelquefois à regret. Ce serait un immense danger de créer une loi nouvelle sous le prétexte de saisir le véritable motif du législateur. En matière pénale, une semblable interprétation n'est pas proposable. Lorsqu'il s'agit de déchéance, espèce de peine civile, elle est inadmissible.

Les mêmes raisons nous font rejeter l'opinion absolue de MM. DELVINCOURT et BERRIAT-SAINT-PRIX, citée en note par M. CARRÉ et celle de PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 374; nous n'admettons pas avec ces auteurs que l'exception d'incompétence doive nécessairement être proposée la première.

A laisser la loi telle qu'elle est écrite, les inconvéniens sont peu redoutables, la caution est toute dans l'intérêt du défendeur; s'il veut faire juger la question de compétence et la validité de l'exploit avant d'user de son droit, il en est le maître; à chaque phase de la procédure, il sera libre de demander ce qu'il pouvait demander avant et après.

Telle est l'opinion de M. Carré, qu'on vient de lire; telle est aussi celle de MM. Thomine-Desmazures, t. 1, p. 315, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 456.

Pour plus grande sécurité, que le défendeur insère dans ses conclusions, quelles qu'elles soient, des réserves formelles pour chacune des trois exceptions qui, comme le dit M. BONCENNE, *se disputent le pas.*

Un seul arrêt a été rendu sur la difficulté, et il l'a été par une Cour étrangère, dont nous invoquons souvent les décisions; dans l'espèce, nous pensons qu'elle a mal jugé.

Par arrêt du 17 octobre 1828, la Cour de Bruxelles (Journal des arrêts de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 297), a partagé l'opinion de MM. Boncenne et Boitard. « Attendu que l'objet de l'exception de caution, qui est de pouvoir récu-« pérer les frais de la procédure qui va suivre, se rencontre également lors-« qu'on oppose l'incompétence du juge, puisque cette exception donne aussi « lieu à des frais; d'où il suit que la demande de caution doit précéder l'ex-« ception d'incompétence, la Cour déclare non recevable le défendeur. »

Supp. alph, V° *Caution judicatum solvi*, n. 44, 45.

705. *La caution ne doit-elle être fournie que dans les cas où la demande est portée devant un tribunal civil?*

Non, elle doit être fournie même dans le cas où un étranger se rend *partie civile* dans un procès de la compétence des tribunaux criminels de tout genre, parce que l'article 16 du Code civil embrasse dans sa généralité toutes les matières, à la seule exception de celles de commerce. (Cassat., 3 février 1814; S. t. 14, p. 117, et *J. Av.*, t. 6, p. 563.) Telle était aussi l'ancienne jurisprudence attestée par tous les auteurs. Voy. Q. 698.

[[Tous les auteurs ont cité l'arrêt de 1814 et ont adopté la nécessité de la caution, en principe général, dans les matières criminelles. (V. MM. DURANTON, t. 1, p. 103, n° 161; BONCENNE, t. 3, p. 187 à la note; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 227, note 43; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 456, et LEGAT, *Code des étrangers*, p. 312.

On lit dans ce dernier auteur: « Brillon, dans son *Dictionnaire des Arrêts*, « v° *Etranger*, n° 10, dit qu'en matière criminelle, l'étranger n'est tenu de bailler « la caution de payer le juge; et il cite d'après BOUVOT, t. 2, un arrêt du par « lement de Dijon, du 21 janvier 1612, qui l'a ainsi jugé.»

D'un autre côté, on lit dans JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, t. 3, p. 91, part. 3e, liv. 3, tit. 1er, art. 3, n° 197 « Lorsqu'un étranger rend plainte et se « rend partie civile contre un domicilié, l'accusé est en droit de demander que « cet étranger soit tenu de donner caution de payer le jugé dès l'instant de la « plainte, (ainsi jugé par arrêt de la tournelle du parlement de Paris, du 10 fé-

« vrier 1742, contre le sieur Journeaux, Anglais, demandeur et complaignant « du crime de rapt, par lequel arrêt il a été jugé qu'il donnerait caution de « payer le jugé jusqu'à concurrence de vingt mille livres, si mieux il n'aimait « déposer ladite somme. La même chose a été jugée par un autre arrêt du 25 « mai 1742, contre Marie-Anne Ravot aussi étrangère, dans la suite de la même « affaire. »

M. Coffinières, en rapportant dans la première édition du *J. Av.* l'arrêt de 1814, a exprimé ses doutes en ces termes : « On pourrait dire qu'en thèse générale les dispositions particulières au droit civil ne doivent pas être étendues aux matières criminelles réglées par une législation spéciale ; on pourrait ajouter que l'effet immédiat de la protection que les lois françaises accordent aux étrangers admis à fixer leur résidence sur notre territoire, doit être de leur laisser la faculté de poursuivre la répression des délits qui peuvent compromettre leurs personnes ou leurs biens, et que cette faculté serait souvent illusoire si l'on exigeait que les étrangers fussent soumis à donner caution, comme en matière civile. »

Nous irons plus loin, et nous poserons une distinction qui ressort nécessairement et du texte et de l'esprit de nos lois.

Une exception a été introduite en faveur du commerce « parce que, a dit M. BONCENNE, t. 3, p. 182, les lois qui gouvernent le commerce ne renferment point leur esprit et leur prévoyance dans les étroites démarcations d'un territoire ; elles ont créé, comme une même patrie aux commerçants répandus dans le monde entier ; plus hospitalières que les lois civiles, plus favorables au crédit, plus sévères à la fraude, plus simples et plus hâtives, elles assurent à tous une égale liberté, une égale protection. »

Si la liberté du commerce a nécessité l'introduction d'une exception en faveur de cette hospitalité universelle, pourquoi ne placerait-on pas encore au-dessus de cet intérêt tout pécuniaire un intérêt mille fois plus précieux, celui de l'honneur ?

La loi protégera l'étranger qui voudra réclamer le montant d'une lettre de change, et s'il est pauvre elle retiendra son bras, elle l'arrêtera au seuil du temple de la justice, lorsqu'il voudra réclamer au nom de la loi à laquelle il est soumis, la réparation de l'offense la plus grave ; il ne lui restera donc que le terrible jugement de Dieu, qu'aujourd'hui encore (15 décembre 1837) les chambres réunies de la Cour de cassation ont déclaré passible de la peine du meurtre !

Cette conséquence de la doctrine absolue que nous combattons est effrayante ; la doctrine en elle-même est immorale.

L'article 16 du Code civil, l'article 166 du Code de procédure, ne peuvent donc concerner que les intérêts civils.

L'article 3 du Code civil qui porte que *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*, accorde forcément la réciprocité de droits et de devoirs. L'étranger calomniateur, escroc, faussaire, peut être poursuivi ; il doit avoir le droit de demander la réparation d'une calomnie, d'une escroquerie ou d'un faux.

Ce n'est pas une loi nouvelle que nous créons à plaisir ; mais nous renfermons la loi existante dans ses termes naturels.

Nous avons annoncé une distinction et la voici : S'il s'agit d'une action au grand criminel, l'action publique appartient au ministère public seul ; l'étranger porte sa plainte. M. Legat lui-même lui concède ce droit, p. 312. S'il veut de plus se porter partie civile, il devra donner caution, parce qu'évidemment son action spéciale n'aura pour but qu'un intérêt pécuniaire.

Mais en matière correctionnelle si, sur la plainte de l'étranger, le ministère

public ne poursuit pas, ou que cet étranger veuille assigner directement le prévenu, il en a le droit, et aucune caution ne peut lui être demandée.

Pour citer un seul exemple sur mille, oserait-on soutenir qu'un mari n'aurait le droit de convaincre d'adultère sa femme et le complice qu'après avoir acheté, en donnant une caution, la faculté de les poursuivre?

Dans l'espèce qui lui avait été soumise, la Cour de cassation a donc mal à propos cassé l'arrêt dénoncé, tandis qu'en 1742 le parlement avait bien jugé.]]

Supp. alph., V° *Caution judicatum solvi*, n. 13 et s.

706. *Comment se forme la demande de la caution? Dans quel délai et comment cette caution est-elle fournie?*

La demande se forme par requête d'avoué à avoué, à laquelle il est répondu de la même manière (Art. 75 *du Tarif*). Il nous semble, d'après l'art. 517, que le tribunal doit fixer le délai dans lequel la caution sera fournie, et qu'elle doit l'être conformément à l'art. 519, qui trace une marche générale pour les réceptions de caution. — (*V. Prat. franc.*, t. 2, p. 17).

[[Cette procédure, qui ne peut donner lieu à aucune contestation, est aussi indiquée par MM. BONCENNE, t. 3, p. 188, BOITARD, t. 2, p. 12, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 457.]] **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*, n. 46.

ART. 167. Le jugement qui ordonnera la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie. Le demandeur qui consignera cette somme, ou qui justifiera que ses immeubles situés en France sont suffisants pour en répondre, sera dispensé de fournir caution.

T. 75. — [Com. du Tarif, t. 1, p. 254, n°s 8 à 11.] C. C., art. 16 et 2041. Art. 517 à 522, C. P. C. [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Caution*, n°s 48, 56 à 59 et 62] — Devilleneuve, v° *Caution judicatum solvi*, n°s 2, 3 et 8 — Arm Dalloz, v° *Exceptions*, n°s 25, 27 27 *bis*, 31, 32, 34 et 42 — Locré, t. 21, p. 91 et 282, n° 18. — QUESTIONS TRAITÉES : Un étranger peut-il être dispensé de fournir caution ou de remplir les autres obligations équivalentes prescrites par les lois, s'il prouve que le défendeur a en main une somme suffisante qu'il lui doit? *Q.* 707. — Si le jugement ne fixait pas une somme suffisante pour assurer les frais du procès, le défendeur pourrait-il demander, sous le cours de l'instance, un cautionnement pour le surplus? *Q* 708 — Lorsqu'un jugement a dispensé l'étranger de fournir caution, à raison des immeubles lui appartenant et situés en France, le défendeur a-t-il le droit de prendre une inscription hypothécaire sur ces immeubles? *Q* 708 *bis*.

V. *infrà*, p. 172, Q. 708 *ter*.

CXXVI. La disposition de cet article est tout entière en faveur de l'étranger. L'obligation qui lui est imposée serait en effet superflue, et dégénérerait en vexation, si le tribunal ne fixait pas la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution sera fournie, et si, conformément au principe *plus est cautionis in re, quàm in personâ*, le demandeur n'en était pas dispensé au moyen de la consignation de cette somme, ou lorsqu'il prouve qu'il possède en France des immeubles suffisants pour en répondre (1).

707. *Un étranger pourrait-il être dispensé de fournir caution ou de remplir les autres obligations équivalentes prescrites par les lois, s'il prouvait que le défendeur eût en mains une somme suffisante qu'il lui devrait?*

Oui, si le défendeur convenait de la dette et n'opposait d'ailleurs aucune compensation. (*V.* MERLIN, *Caution judicatum solvi.* § 1.)

---

(1) Ou enfin, si, comme le permet l'art. 2041 du Code civil pour toute espèce de cautions, il ne lui était permis de donner un gage ou nantissement de valeur équivalente à cette même somme fixée par le tribunal. — *V.* la *Question* 707.

[[Ce principe est adopté par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 457, v° *Exemptions*, § 1er, n° 7, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 317 ; mais il est évident qu'il faut aveu de la part du défendeur; en cas de dénégation, l'étranger est obligé de fournir une caution, parce qu'autrement, ce serait un nouveau procès à juger et pour lequel il faudrait aussi une bonne et valable caution. Aussi a-t-il été jugé, le 13 mars 1821, par la Cour de Metz (*J. Av.* t. 6, p. 578), que la délégation d'appointements non échus, offerte par l'étranger qui est au service d'un Français, ne peut être considérée comme une caution suffisante.

M. Favard de Langlade, *eod. loco*, pense que l'étranger peut donner un gage en nantissement. A cela nul inconvénient, pourvu que ce gage soit accepté par le défendeur. (*V.* la note de M. CARRÉ, et l'art. 2041 qu'il cite.) Il faut prendre garde d'enter un procès sur un procès.]] **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*, n. 32.

708. *Si le jugement ne fixait pas une somme suffisante pour assurer les frais du procès, le défendeur pourrait-il demander, sous le cours de l'instance, un cautionnement pour le surplus?*

Oui, en prouvant qu'il est obligé de faire, pour les frais de procédure, des avances qui excèdent le montant du cautionnement fixé d'abord par le tribunal. On peut voir les raisons de cette solution dans le réquisitoire de M. l'avocat général Giraud, sur un arrêt de la Cour de cassation, du 12 niv. an 12, rapporté par *S.*, t. 12, 2e part., p. 49 ; et *J. Av.*, t. 6, p. 527.

[[La solution de M. Carré est adoptée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 317 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 457, et BONCENNE, t. 3, p. 191 et 192. Ce dernier auteur fait observer qu'il ne *serait pas même dans l'intérêt de l'étranger qu'il en fût autrement; car alors les juges n'y pouvant plus revenir, se verraient obligés, de prime abord, à élever la somme pour laquelle une caution devra être présentée bien au-dessus de ce qui pourrait être nécessaire.* M. BOITARD, t. 2, p. 13, doute que cette opinion puisse être admise, et la loi ne lui paraît pas entendre que la caution puisse être déterminée une fois les débats entamés, et ce serait peut-être, ajoute-t-il, de la part du tribunal, excéder ses pouvoirs, d'attendre, pour continuer l'instance, qu'une nouvelle caution ait été présentée à raison de l'insuffisance de la première.

L'arrêt placé à la Jurisprudence, n° 3, *suprà*, fait supposer que dans l'espèce qui y a donné lieu, le principe admis par M. Carré n'avait pas été contesté.

Quoi qu'il en soit, tout en convenant avec M. Boncenne qu'il est utile que la jurisprudence admette cette faculté d'étendre le montant de la caution, nous la restreignons au cas où le premier jugement en contiendrait la réserve, ou bien encore au cas où, par suite d'un contrat judiciaire, le demandeur et le défendeur seraient convenus de la somme qui devrait être consignée, ou au paiement de laquelle une caution devrait s'obliger.

Que si ensuite on vient prétendre, comme l'a fait M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 316 et 317, qu'il peut exister des circonstances telles que l'on soit encore recevable à demander caution dans le cours de l'instance; nous repousserons cette doctrine, qui bouleverserait complétement l'économie de la loi, et nous n'admettrons pas la décision de la Cour de Bruxelles qui, le 21 fév. 1828 (*J. des Arr.* de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 251), a jugé que la partie qui, assignée en justice en reddition de compte par un étranger, lui a présenté ce compte, est encore recevable ensuite, sur les contestations élevées par l'étranger, relativement au même compte, à demander contre lui la caution *judicatum solvi*.

Cet arrêt s'est fondé sur ce motif : « qu'il importait de remarquer, dans « l'espèce, que les appelants ont demandé la caution *judicatum solvi*, aussitôt « qu'ils ont vu qu'il y aurait contestation en justice entre eux et l'intimé, sur

« la liquidation de la succession dont il s'agit au procès, et qu'aussi ils doivent « être censés avoir formé cette demande *in limine litis.* »

Cette fiction ne ressort nullement du texte de la loi.]]

[[**708** bis. *Lorsqu'un jugement a dispensé l'étranger de fournir caution à raison des immeubles lui appartenant et situés en France* (1), *le défendeur a-t-il le droit de prendre une inscription hypotécaire sur ces immeubles?*

M. DELVINCOURT, t. 1er, p. 199, note 7, se prononce pour l'affirmative, et donne plusieurs raisons à l'appui de son opinion, qu'il n'avait pas motivée dans sa 1re édition, mais qui avait été vivement critiquée par plusieurs auteurs. — La première est que le but de la loi est de fournir au défendeur une sûreté pour le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels l'étranger pourra être condamné, et qu'une simple notification de propriété n'est pas suffisante pour cela; la seconde, que de la procédure résulte nécessairement qu'un jugement doit être rendu, pour déclarer suffisante la valeur des immeubles du demandeur, et qu'alors, en vertu de l'art. 2123, le défendeur peut prendre inscription sur ces immeubles.

M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 457, v° *Exception*, § 1er, n° 7, dit que, lorsque l'étranger justifie d'immeubles suffisants, le défendeur peut prendre inscription hypothécaire, en vertu du jugement qui a ordonné la caution.

M. DURANTON, t. 1er, p. 104, note 2, pense, au contraire, que l'art. 16 du Cod. civ. est de droit exceptionnel, et que, par conséquent, sa disposition n'est pas susceptible d'extension. La qualité de propriétaire, selon cet auteur, dans la personne de l'étranger, a pu raisonnablement sembler au législateur une garantie suffisante.

M. TOULLIER, t. 1er, p. 237, n° 265, note 1re, après avoir rappelé l'opinion de M. Delvincourt, lui répond ainsi : *la loi ne dit point cela, et en général il ne faut point ajouter à sa rigueur.*

M. Merlin, qui, à l'époque où il a écrit son 16e volume, n'avait sans doute pas reçu l'édition de 1819 de M. Delvincourt, se demande sur quel fondement ce professeur a pu enseigner une telle doctrine, dans un ouvrage destiné à l'enseignement des jeunes gens.

Nous devons ajouter que M. Toullier finit sa note par ces mots : *la caution*

---

(1) [Nous adoptons entièrement l'opinion de M. PIGEAU, qui, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 376, nos 4 et 5, explique en ces termes les mots *en France* et *suffisant* de l'art. 167 ;

« Le Projet, art. 167, ajoutant *sur le continent*, ces mots ont été rayés au Conseil ; ce qui donne lieu à la question de savoir si les immeubles, hors de la France continentale, soit en Europe, soit hors d'Europe, peuvent être présentés.

« L'étranger étant caution de lui-même, doit être solvable, comme l'exige l'art. 2019 du Code civil pour toutes les cautions ; et comme cet article porte qu'on n'a point égard aux biens dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation, il faut dire que ces immeubles doivent être situés en France continentale, et que s'il demeure dans une île hors du continent, ils doivent l'être dans cette île. Il y a plus, ils doivent être situés dans l'arrondissement de la Cour royale du lieu où devra se faire le paiement des frais et dommages-intérêts, par argument de l'art. 2023, qui l'exige pour les biens du débiteur que la caution renvoie à discuter.

« Pour prouver *la suffisance*, il faut 1° que les biens soient tels que l'exige l'art. 2019 du Code civil ; 2° qu'ils soient de valeur suffisante ; 3° qu'il justifie qu'il n'y a pas de privilége ni d'hypothèque sur ses immeubles, ou que ceux qui y sont n'empêchent pas que ce qui est libre ne suffise pour payer. Pour déterminer cette valeur, on suit l'art. 2165 du Code civil. »

C'est pour les tribunaux une question de fait et d'appréciation; les mots *sur le continent* ont sans doute été retranché, à cause de la Corse.]

n'est point obligée à donner une hypothèque. Probablement que ce savant professeur en a tiré la conséquence que l'étranger alors ne devait pas lui-même fournir une hypothèque dont aurait été dispensée sa caution. (*V.* cependant notre *Question* 1829 bis.)

M. LEGAT, *Code des étrangers*, p. 310, pense comme M. Toullier, et il ajoute qu'il y aurait sans doute prudence à ce qu'une semblable mesure eût lieu, mais que la loi ne l'ordonne point.

M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 375, n° 3, dit que c'est sans fondement que opinion favorable à l'étranger a été soutenue, par ce motif que l'étranger, caution de lui-même, ne doit pas être traité plus favorablement que le tiers qu'il aurait offert, et dont les biens auraient été frappés d'une hypothèque judiciaire.

En analysant dans notre *Journal des Avoués*, les diverses autorités, nous avons suspendu toute décision, tant la difficulté nous a paru grave. Une objection surtout nous arrête : Si les immeubles sont évidemment suffisants, on forcera donc le Français défendeur à contester pour qu'il y ait jugement ; ou bien il faudra donc nécessairement une décision judiciaire, qui seule puisse conférer l'hypothèque ? Oui sans doute, car la vente des immeubles placerait le défendeur dans la position la plus défavorable.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 317, n'examine pas la question, mais il suppose les immeubles vendus, et il pense qu'alors le défendeur peut demander une caution ; mais, comme cette procédure n'est pas légale (*V.* la *Question* précéd.), on sent la nécessité d'un jugement qui confère hypothèque.

Notre conviction n'a pu résister à la dissertation puissante de logique que nous avons lue dans M. BONCENNE, t. 3, p. 193 et suiv.

Un seul auteur, M. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, t. 7. p. 581, avait traité la question avec étendue, et avait adopté l'opinion de M. Toullier. M. Boncenne s'attache à chacun de ses arguments pour les détruire; et, victorieux dans cette lutte de raison, il termine en disant :

« Ceux qui ont entrepris de discuter se sont abstenus de répondre à ces « questions : Quel est le but de la loi ? N'est-ce pas de donner sûreté au dé- « fendeur contre l'étranger qui l'attaque ? Et comment ce but sera-t-il atteint « si l'on refuse au défendeur le droit de s'inscrire sur les immeubles que l'é- « tranger possède, et qu'il offre en garantie pour être dispensé de donner une « caution ?

« MM. Toullier et Duranton ne veulent point qu'on ajoute aux rigueurs de « la loi. Mais où donc serait cette rigueur extraordinaire ? Dira-t-on que l'in- « scription peut empêcher l'étranger de disposer de ses biens ? Il n'a qu'à offrir « de donner caution, ou consigner la somme fixée, et l'inscription ne sub- « sistera plus. Chacun sera dans son droit. »

Nous adoptons l'opinion de notre savant maître, et nous pensons que dans le cas où volontairement l'étranger ne consentirait pas judiciairement ou extrajudiciairement à accorder une hypothèque sur ses immeubles, le défendeur aura le droit d'obtenir un jugement qui la lui concède.

Le tribunal déterminera alors la somme qui sera mentionnée dans le bordereau d'inscription. **Supp. alph.**, V° *Caution judicatum solvi*, n. 33 et s.

Supp. alph., V° *Caution judicatum solvi*, n. 37. *L'étranger qui ne fournit pas la caution* judicatum solvi, *à laquelle il a été assujetti par un jugement, doit-il être déclaré déchu de son action ou déclaré non recevable quant à présent ?*

§ II. — *Des renvois* (1).

Observation générale.

[[L'article 168 du Code de procédure est conçu en termes tellement généraux qu'un commentaire pourrait comprendre l'examen de toutes les questions de compétence.

Telle n'a pas été la pensée du savant auteur du traité de la compétence. Dans son esprit, la compétence devait être distincte de la procédure, du moins en ce qui concerne l'ordre des juridictions. Nous nous sommes proposé de suivre son plan avec une religieuse fidélité; nous nous contenterons donc de renvoyer à l'ouvrage qu'il a publié sur la compétence, et en particulier au t. 5, p. 3 et suiv., art. 292, à 295, q. 335 à 337, et t. 7, p. 305, q. 526, *édition in*-8° de M. Victor Foucher.

Dans notre *Dictionnaire général de procédure*, aux mots *Renvoi*, *Tribunaux* et *Tribunaux de commerce*, nous avons indiqué la jurisprudence et la doctrine en matière de compétence.

Il faut aussi consulter les questions examinées sous l'art. 59 du Code de procédure.]]

ART. 168. La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation, pourra demander son renvoi devant les juges compétents.

T. 75. — Ordonn., tit. 6, art. 1. — C. de P., art. 59, 181, 424. — [Traité de la compétence de M. Carré, éd. in-8° tit. 5, p 10. 2e p. liv. 2, tit. 5, n° CXC t. 7, p 306, 2e part. liv. 3, tit. 4. *Q.* 526. — Notre Dictionnaire général de procédure, v° *exceptions*, n°s 98 et suiv. 167 et 190. — Devilleneuve, vis *Déclinatoire* et *Incompétence*. — Arm. Dalloz, (mêmes mots). — QUESTION TRAITÉE : Lorsqu'un defendeur sur une action réelle soutient que l'objet litigieux n'est pas compris dans les limites du territoire sur le quel s'étend la juridiction du tribunal où il a été assigné, ce tribunal peut-il, pour statuer sur le déclinatoire, ordonner une enquête en vérification du fait ? *Q.* 709] (2).

CXXVII. Les demandes que le Code qualifie demandes en renvoi, ne sont autres, comme nous l'avons dit page 154, note 4, que les exceptions déclinatoires fondées sur l'incompétence du juge, le défendeur soutenant que le tribunal devant lequel il est assigné ne doit pas connaître de la cause (3).

709. *Lorsqu'un défendeur sur une action réelle soutient que l'objet litigieux n'est pas compris dans les limites du territoire sur lequel s'étend la juridiction du tribunal où il a été assigné, ce tribunal peut-il, pour statuer sur le déclinatoire, ordonner une enquête en vérification du fait ?*

La décision de ce cas nous semble excéder la compétence des tribunaux

---

(1) *V. infrà*, tit. 20, du renvoi à un autre tribunal, pour cause de parenté ou alliance.

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que la reconnaissance de la compétence d'un tribunal faite par un débiteur solidaire peut être opposée à son codébiteur. (Bordeaux, 19 juill. 1836, *J. Av.*, t. 52, p. 291) ; *V.* ce que nous avons dit des effets de la solidarité *suprà*, Q. 645.]

(3) En ce cas, le défendeur doit proposer son exception devant ce tribunal, et non pas s'adresser directement à celui qui lui paraît devoir connaître de la demande. (*V.* Quest. 711, *et, en outre, sur les différents cas où il y a lieu à opposer l'exception déclinatoire, soit pour cause d'incompétence, soit pour cause de litispendance ou de connexité*, nos Questions *sur les art.* 170 *et* 171, *et surtout le commentaire sur le premier de ces articles.*)

et rentrer dans les attributions de l'autorité administrative, lorsque le juge n'a pas, pour la résoudre, d'autres moyens que l'enquête. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, dans une espèce analogue, le 16 brum. an 12.—(*V. S.* an 12, p. 216 et 217, *J. av.*, t. 18, p. 864; et la loi du 20 avril 1790.)

[[La solution de M. Carré est peut-être trop absolue; nous ferons une distinction avec M. DELAPORTE, t. 1, p. 176.

Si les limites de la commune elles-mêmes ne sont pas bien fixées, c'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient de rendre une décision qui puisse servir de base à la décision judiciaire. Dans ce cas, le tribunal prononce un sursis.

Mais si le demandeur, le plan cadastral à la main, établit la circonscription territoriale de l'arrondissement, et si le défendeur demande à prouver par témoins que le terrain revendiqué n'est pas situé dans le rayon de cet arrondissement, mais dans tel autre, ce qu'il pourra même établir par une descente de lieux, le tribunal peut ordonner la preuve, même par témoins : ce n'est là qu'un fait relatif à la situation de l'objet litigieux, et il nous paraîtrait difficile de prononcer en ce cas l'incompétence du pouvoir judiciaire.]]

ART. 169. Elle sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses (1).

[Comm. du tarif; t. 1, p. 236, nos 12 à 16.]—Ordonn., tit. 5, art. 5.—C. de P., art. 171, 172, 173, 186, 424.—[Notre Dict. gén. de procéd., vis *Acquiescement*, 141, 142, 143.—*Exceptions*, nos 102, 107, 109, 110, 111, 113, 114, 122, 123, 141, 144, 148, 151, 161, 166, 185, 189, et *Renvoi* nos 14 et 24 *sex.*—Devilleneuve, Arm. Dalloz. (mêmes mots qu'à l'article précédent.)—QUESTIONS TRAITÉES : La partie qui a proposé d'abord des exceptions, autres que l'exception déclinatoire, ou qui a fourni des défenses au fond, est-elle déchue du droit d'opposer désormais cette exception? *Q.* 710. — Le mot *Exceptions* de l'art. 169 doit-il être entendu dans ce sens qu'une exception d'incompétence *ratione personæ* soit couverte après la présentation d'une incompétence *ratione materiæ*? *Q.* 710 *bis*. — Le défendeur qui aurait un déclinatoire à opposer, pourrait-il s'adresser au tribunal auquel il prétend que la connaissance de l'affaire appartient, afin que ce tribunal en fît l'évocation? *Q.* 711. — Un défaillant qui aurait formé son opposition en temps utile, ou qui, après avoir laissé passer le délai de l'opposition, se pourvoirait par appel, pourrait-il, sur l'opposition ou sur l'appel, opposer une exception déclinatoire? *Q.* 712.—Mais, supposant que le défaut ait été rendu faute de plaider après un écrit de défenses fourni par le défaillant, celui-ci sera-t-il encore recevable à proposer, sur son opposition, une demande en renvoi? *Q.* 713. — Le défendeur qui a comparu au bureau de paix où il était cité comme ayant son domicile dans l'arrondissement de ce bureau, et qui n'a point opposé son déclinatoire, est-il recevable à décliner le tribunal dans le ressort duquel ce même bureau se trouve? *Q.* 714. —Le défendeur peut-il décliner un tribunal, comme n'étant pas celui de son domicile, s'il s'est dit, au bureau de paix et dans plusieurs actes antérieurs à l'assignation et signifiés à sa partie adverse, domicilié dans le ressort de ce tribunal? *Q.* 715. — Le déclinatoire serait-il couvert par la constitution d'avoué, sans protestation ni réserve? *Q.* 716 — Un tribunal peut-il, avant de statuer sur un déclinatoire, prononcer sur une demande en provision? *Q.* 717. — Le déclinatoire sera-t-il couvert par une demande en communication de pièces? *Q.* 718.— Le défendeur qui a appelé garant ou qui a demandé au tribunal, pour quelques raisons que ce soit, qu'un tiers fût mis en cause, ne s'est-il pas rendu non recevable à décliner ce tribunal? *Q.* 719.—Quand un déclinatoire est admis, peut-on, en vertu du jugement de renvoi, procéder devant le nouveau tribunal, sans signifier un nouvel ajournement? *Q.* 720.—Dans le cas où les parties consentent expressément ou tacitement à être jugées par un tribunal qui pourrait être décliné par incompétence, autre que celle à raison de la matière, ce tribunal est-il tenu de juger? *Q.* 721. — Les parties peuvent-elles, d'un commun accord, dessaisir un tribunal qui a été primitivement saisi, pour porter le litige devant un autre? *Q.* 721 *bis*. (2)]

---

(1) [Cet article se lie essentiellement au développement que nous donnons aux matières d'exception, sous l'art. 173, *Q*, 739 *bis*; aussi nous contenterons-nous, pour beaucoup de questions examinées par M. Carré, de renvoyer *infrà*, p. 206.]

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'un jugement rejette le déclinatoire proposé par une partie et lui ordonne de plaider au fond, et qu'après en

710. *La partie qui a proposé d'abord des exceptions autres que l'exception déclinatoire, ou qui a fourni des défenses au fond, est-elle déchue du droit d'opposer désormais cette exception ?*

L'affirmative est la conséquence nécessaire des art. 168 et 169, sauf deux exceptions, dont l'une a été établie sur la 704e question, et l'autre est prononcée par l'art. 170.—(*V.* les *Questions* sur ce dernier article.) (1)

Mais on doit remarquer que les dispositions des art. 168 et 169 précitées doivent être conférées avec celles de l'art. 59, qui établit les bases de la compétence d'un tribunal relativement à un autre, en indiquant celui où le défendeur doit être assigné à raison de la nature de la demande qui serait formée contre lui.

[[Ces principes, qui sont incontestables, ont été consacrés par des décisions indiquées dans notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exceptions*, n.s 107 et 122.]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 35 et s.

[[**710 bis.** *Le mot* exception *de l'art.* 169, *doit-il être entendu dans ce sens* qu'une exception d'incompétence *ratione personæ soit couverte après la présentation d'une incompétence* ratione materiæ ?

Si nous n'examinions cette question que par voie d'interprétation logique,

---

avoir interjeté appel, cette partie fournit des défenses au fond, elle est censée y acquiescer malgré ses réserves. (Metz, 12 mai 1818, *J. Av.*, t. 4, p. 633 ; Grenoble, 29 août 1836, *J. Av*, t. 52 p. 231.)

2° Lorsqu'une partie dont le déclinatoire a été rejeté par un jugement en dernier ressort procède sans protestation devant le tribunal qui s'est déclaré compétent, elle acquiesce au jugement. (*Cass.*, 13 flor. an 9, *J. Av.*, t. 1, p. 88.)

3° L'incompétence des tribunaux français doit être opposée par l'étranger avant toute défense au fond. (Douai, 7 mai 1828, *J. Av.*, t. 36, p. 14, et *Cass.*, 5 frim. an 14, 4 sept. 1811, t. 18, p. 874 et 914.)

Il en est de même du Français défendeur (Toulouse, 27 sept. 1819, *S.*, t. 20, 2e partie, p. 312 et *J. Av.*, t. 18, p935).

4° L'incompétence résultant de la qualité d'étranger est couverte, si en appel le moyen d'incompétence n'est pas plaidé, bien que ce moyen ait été présenté en 1re instance et reproduit dans l'acte d'appel. (*Cass.*, 5 août 1817, *J. Av.*, t. 18, p. 926.)

5° Un étranger naturalisé et domicilié en France ne peut exciper en Cour de cassation de ce qu'il a été assigné devant les tribunaux français par un étranger à raison d'un contrat passé à l'étranger avant sa naturalisation, si, dans ses conclusions devant la Cour royale, il s'est borné à demander que les parties se retireraient devant les autorités de leur pays pour avoir leur avis. (*Cass.* 2 mars 1833, *S.* 33-1-262.) Si le défendeur eût excipé devant la Cour roy. de l'incompétence des tribunaux français, peut-être son recours eût été admis. (*V.* en effet, *J. Av.*, t. 22, p. 131.)

6° Lorsqu'un créancier de la succession a assigné un héritier devant le tribunal au greffe duquel il a fait sa déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, il ne peut ensuite exciper de l'incompétence de ce tribunal sur le motif que l'héritier aurait reconnu avec un tiers que la succession s'était ouverte dans un autre arrondissement. (Paris, 9 nov. 1813, *J. Av.*, t. 22, p. 91.)

7° Celui qui, en 1re instance, s'est borné à conclure au déboutement de la partie adverse, tant par fin de non-recevoir qu'autrement, ne peut plus sur l'appel opposer l'incompétence du premier juge *ratione personæ*. (Besançon, 26 mai 1815, *J. Av.* t. 18, p. 924.)

8° Lorsqu'une femme non marchande publique est assignée conjointement avec son mari pour fait de commerce, le vice d'incompétence n'est pas couvert par la défense au fond ; il peut être proposé en tout état de cause. (Amiens, 12 déc. 1809, *J. Av.*, t. 18, p. 905.)

(1) Ainsi jugé par arrêt de Paris, du 17 mai 1813, *J. Av.* t. 1er, pag. 182. Cet arrêt décide, en effet, que, lorsqu'on a défendu au fond sans aucune protestation ni réserve on ne peut, en cause d'appel, [illegible] l'incompétence du tribunal.

nous n'hésiterions pas à décider l'affirmative par cette raison surtout que l'incompétence matérielle ne peut se couvrir ni par l'acquiescement ni par la comparution des parties, et que, produisant un vice radical, elle n'est pas comprise dans la fixation d'un ordre quelconque de procéder. Nous concevons qu'on peut dire, comme l'a fait la Cour de Bruxelles dans un arrêt du 31 mai 1816 (*Journal des arrêts* de cette cour, t. 2, de 1816, p. 34), que l'incompétence à raison de la personne est soigneusement distinguée de l'incompétence à raison de la matière; qu'en soumettant au juge la question de savoir si la matière qui fait l'objet du procès est de sa compétence, la partie est censée renoncer à faire valoir l'exception à raison de la personne et consentir à ce que, si la matière est de la compétence du juge, celui-ci puisse décider la contestation;

Qu'on peut ajouter que, dans l'ordre des idées, le juge ne doit s'occuper d'examiner s'il a juridiction à raison de la matière, que lorsque les parties lui sont soumises à raison de leur domicile, et que, lorsque celles-ci se bornent à lui présenter la question de compétence à raison de la matière, le juge doit nécessairement supposer ou que ces parties ressortissent à lui, ou qu'elles se soumettent à sa juridiction, dans le cas où la matière lui appartiendrait.

Mais à ces objections une seule réponse nous paraît pouvoir être victorieusement opposée.

Il s'agit d'une fin de non-recevoir qui ne peut pas être suppléée ou prononcée par voie d'interprétation plus ou moins facile à adopter. Déjà, *suprà*, p. 165, q. 704, nous avons été forcés, malgré le texte précis de l'art. 170, d'admettre que l'exception de caution pouvait être proposée avant toute exception d'incompétence; comment accorderons-nous à une des deux exceptions pour incompétence la priorité sur l'autre, quand l'article lui-même est muet?]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 31.

711. *Le défendeur qui aurait un déclinatoire à opposer, pourrait-il s'adresser au tribunal auquel il prétend que la connaissance de l'affaire appartient, afin que ce tribunal en fît l'évocation?*

C'est un principe certain que le juge devant lequel le défendeur est traduit est compétent pour décider s'il y a lieu à accorder ou à refuser le renvoi qui fait l'objet du déclinatoire.

Mais il y a plus : ce tribunal est le seul qui soit compétent pour prononcer à ce sujet, et vainement on opposerait qu'il devient, en quelque façon, juge dans sa propre cause. En cela nul inconvénient, puisque le défendeur, d'après l'article 454, a la voie d'appel *comme déni de renvoi*.—(V. *Nouv. Rép.*, t. 3, p. 348.)

Ainsi, le défendeur ne pourrait, au lieu de comparaître devant le tribunal où il est assigné, et de lui demander son renvoi devant celui qu'il prétendrait devoir connaître de la contestation, s'adresser directement à ce dernier tribunal pour la faire évoquer.

[[Telle est aussi notre opinion et celle de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p 458.]]

712. *Un défaillant qui aurait formé son opposition en temps utile, ou qui, après avoir laissé passer le délai de l'opposition, se pourvoirait par appel, pourrait-il, sur l'opposition ou sur l'appel, opposer une exception déclinatoire?*

Les motifs de la solution donnée sur la 689e question, relativement aux nullités, s'appliquent à celle que nous posons ici. L'opposition doit contenir les moyens. Présenter à un tribunal, dans la vue de faire rétracter un jugement par défaut, des moyens au fond, c'est véritablement couvrir une nullité.

aux termes de l'art. 173 : pourquoi n'en serait-il pas de même du déclinatoire, conformément à l'art. 169 ?

Mais distinguons le cas de l'opposition et celui de l'appel.

Dans le premier, nul doute, selon nous, que le déclinatoire est couvert comme le serait une nullité d'exploit; dans le second, au contraire, l'acte d'appel ne devant pas nécessairement être *libellé*, comme nous le prouverons sur l'art. 456, l'appelant se trouve dans un état qui précède toute proposition d'exceptions ou de défenses, en sorte que la demande en renvoi se trouve opposée *in limine litis* (1).

[[*V.* ce que nous avons dit sur ces questions, *infrà* p. 206, *Question* 739 *bis*.]]

713. *Mais supposons que le défaut ait été rendu faute de plaider, après un écrit de défenses fourni par le défaillant; celui-ci sera-t-il encore recevable à proposer, sur son opposition, une demande en renvoi ?*

Nous ne le croyons pas, par le motif que l'opposition n'est point le principe d'une nouvelle instance, mais une continuation de celle qui a précédé le jugement par défaut. Or, un écrit de défenses, signifié par le défendeur sans proposition du déclinatoire, porte en lui-même la preuve qu'il a déjà reconnu la compétence du tribunal. Par quel motif la circonstance de son défaut de plaider lui donnerait-elle la prérogative de demander son renvoi sur l'opposition ?... (2).

[[Même observation qu'à la question précédente.]]

714. *Le défendeur qui a comparu au bureau de paix où il était cité comme ayant son domicile dans l'arrondissement de ce bureau, et qui n'a point opposé son déclinatoire, est-il recevable à décliner le tribunal dans le ressort duquel ce même bureau se trouve ?*

On ne balancera pas à résoudre affirmativement cette question, si l'on con-

---

(1) Il est entendu que la première partie de cette proposition suppose le cas où la requête d'opposition serait motivée au fond : autrement, le déclinatoire serait proposable.

Du reste, le déclinatoire *ratione personæ* ne peut d'ordinaire être, pour la première fois, proposé en cause d'appel. (*Cassat.*, 4 févr. 1806, *S.* t. 6, 2e p., pag. 956; et *J. Av.*, t. 15, p. 293; *V. quest.* sur l'art. 464.)

(2) Nous devons cependant dire que la Cour de Bruxelles, par arrêt du 23 déc. 1809 (*V. S.* t. 10, 2e p., pag. 261, et *J. Av.* t. 15, p. 334.), a décidé qu'un opposant avait pu demander à l'audience son renvoi devant un tribunal civil, attendu, est-il dit dans les considérants de cet arrêt, qu'aux termes de l'art. 636 du Code de commerce, l'exception devait être proposée à la première audience, et qu'au cas de la cause, la première audience était celle donnée sur l'opposition.

Ces considérants nous paraîtraient à l'abri de toute critique si l'art. 437 du Code de procédure ne portait pas que l'opposition aux jugements par défaut des tribunaux de commerce contiendra les moyens, et si l'art. 424 n'exigeait pas que tout déclinatoire, autre que celui fondé sur l'incompétence à raison de la matière, soit proposé préalablement à toute défense. Il est incontestable, en effet, que, s'il n'y a point encore de défenses fournies, l'opposant, en comparaissant à la première audience donnée sur l'opposition, est recevable à demander son renvoi.

Mais les art. 437 et 424 combinés nous semblent exiger, dans les tribunaux de commerce, la même solution que nous avons donnée sur la précédente question, relativement aux tribunaux ordinaires.

L'arrêt de la Cour de Bruxelles n'en a pas moins été bien rendu, puisqu'il s'agissait d'une demande en renvoi du tribunal de commerce au tribunal civil ; demande qui se trouvait fondée sur une incompétence à raison de la matière, et qui, sous ce rapport, pouvait être opposée en tout état de cause, nonobstant le libellé de la requête d'opposition. — (*V.* art. 170.)

sidère quel est le but de l'institution des bureaux de paix. Chargés uniquement de concilier les parties, ils ne connaissent ni les formalités judiciaires, ni les subtilités de la pratique. On ne comparaît devant eux qu'avec le désir, présumé par la loi, de parvenir à une conciliation : c'est donc à la conciliation seule que doit se restreindre l'effet de la comparution, quand elle a lieu sans opposition de la partie (1).

[[Cette opinion, qui nous paraît légale, a été adoptée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 320, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 458. Nous avons rapporté, *J. Av.* t. 18, p. 926, un arrêt de la Cour d'Orléans, qui semble contrarier ces principes ; mais nous pouvons invoquer un arrêt de la Cour de Paris, cité dans le *Courrier des Tribunaux*, du 20 mars 1829, n° 701.]]

§ 15. *Le défendeur peut-il décliner un tribunal comme n'étant pas celui de son domicile, s'il s'est dit, en bureau de paix et dans plusieurs actes antérieurs à l'assignation, et signifiés à sa partie adverse, domicilié dans le ressort de ce tribunal ?*

Non, parce que la partie adverse, avertie par le défendeur lui-même que son domicile est au lieu indiqué dans les actes qu'il a signifiés, est dispensée de prendre d'autres informations sur ce point. (*Même renvoi au nouv. Rép. que sur la précéd. question*).

[[*V.* ce que nous disons *infrà* p. 206, *Question* 739 *bis*. Du reste l'opinion de M. CARRÉ, qui est la nôtre, est confirmée par plusieurs arrêts cités dans notre Dictionnaire général de procédure v° *Exceptions*, n°s 161, 166 et 167, desquels il résulte qu'un individu qui s'est dit et qualifié négociant ne peut pas se plaindre d'être traduit devant le Tribunal de commerce.]]

§ 16. *Le déclinatoire serait-il couvert par la constitution d'avoué, sans protestation ni réserves ?*

Non ; car la constitution d'avoué n'est point une défense ; c'est un acte préalable à toute procédure, et qui est nécessaire à l'effet même de pouvoir proposer, soit un déclinatoire, soit la nullité de l'ajournement, ou toute autre exception (2).

[[*V.* notre opinion conforme *infrà* p. 217, § 8, *Question* 739 *bis*.]]

§ 17. *Un tribunal peut-il, avant de statuer sur un déclinatoire, prononcer sur une demande en provision ?*

La Cour de cassation, par arrêt du 20 avril 1808 (*S.* 1808, 1re part., p. 321 et *J. Av.*, t. 15, p. 75), a décidé cette question pour l'affirmative.

---

(1) Ainsi, dit M. MERLIN, t. 3, p. 347, de ce que, pour me concilier, j'ai comparu volontairement devant un juge de paix qui n'était pas le mien, il s'ensuit bien que je l'ai adopté pour mon conciliateur, mais non pas qu'à défaut de conciliation, j'ai renoncé à mes juges naturels, et c'est ici le cas de la maxime *actus ultra intentionem agentium operari non debent*. C'est aussi ce que la Cour de cassation a décidé par arrêts des 30 vent. et 18 fructidor an 12, et la Cour de Rennes par celui du 9 févr. 1813, en ajoutant qu'en supposant la négative, l'exception d'incompétence du juge de paix ne pourrait plus être proposée devant le tribunal de première instance, lorsque la partie aurait d'abord plaidé et pris des conclusions sur le fond. (*J. Av.*, t. 7, p. 209, 261 et 264.) [Nous approuvons cette jurisprudence.]

(2 Voy. *Principes du Droit* par Duparc-Poullain, t. 9, p. 47, n. 3 ; un arrêt de la Cour de cassation, du 26 juill. 1808, *S.* 1808, pag. 426, et de la Cour de Bruxelles, du 4 déc. 1807, *J. Av.*, t. 12, p. 453 et 455.

Cette Cour a considéré que les tribunaux compétents pour le jugement du fond le sont pour celui de la provision ; qu'il est d'ailleurs de principe qu'en tout état de cause, il peut et doit être statué sur les demandes en provision, lorsque l'urgence en est reconnue, et elle a décidé que, par ces motifs, la Cour de Riom, en prononçant sur une demande en provision avant de statuer sur le déclinatoire, n'avait pas commis une contravention à la disposition de l'art. 172.

Quoi qu'il en soit, cette décision nous paraît en opposition, soit avec l'art. 169, qui veut que le déclinatoire soit jugé préalablement à toutes autres exceptions ou défenses, soit avec l'arrêt de cassation cité du 14 oct. 1806 (*J. Av.*, t. 18, p. 875) qui jugea, sous l'empire des lois antérieures, que l'exception d'incompétence à raison de la personne n'était plus admissible après une exception de nullité. Or, il est à remarquer, dans l'espèce de l'arrêt du 20 avril, qu'il s'agissait d'un déclinatoire à raison du domicile (1).

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 461 v° *Exception*, 2, n° 13, a cité, en l'approuvant, l'arrêt du 20 av. Malgré la double et grave autorité de ce jurisconsulte et de la Cour de cassation, nous adoptons l'opinion de M. Carré, qui nous paraît la seule logique : il est assez bizarre qu'on veuille faire statuer, sur un incident quelconque tenant au fond, un tribunal qui peut n'être pas compétent.]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 34.

718. *Le déclinatoire serait-il couvert par une demande en communication de pièces?*

Nul doute que toute demande en communication de pièces qui auraient été employées ou signifiées rend la partie qui la forme non recevable à opposer ensuite un déclinatoire. En effet, le Code de procédure (*art.* 188 et *suiv.*) place une telle demande au nombre des exceptions ; et, d'un autre côté, l'article 169 veut que le déclinatoire soit opposé avant toute autre exception.

Mais comme ni l'art. 188, ni les autres articles qui traitent de la communication de pièces, ne parlent de celles qui n'auraient pas été employées, on a douté que la demande en communication dût être considérée, dans cette circonstance, comme une exception qui emportât la déchéance d'un déclinatoire.

Telle a cependant été l'opinion de M. l'avocat général Daniels, dans un réquisitoire sur lequel est intervenu un arrêt de la Cour de cassation, section de requêtes, du 30 janvier 1810 (*V. S.*, t. 10, p. 132.) « La demande d'une copie de pièces justificatives est une véritable exception, disait-il, puisqu'elle « tend à empêcher ou suspendre la condamnation. »

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une nullité d'exploit que le demandeur prétendait avoir été couverte par la demande en communication, et dans laquelle la Cour l'a déclaré non recevable, « attendu, lit-on dans les motifs de l'arrêt, « qu'avant d'exciper de la nullité de l'exploit d'assignation, il avait conclu à la « justification de titres et d'actes *tendant au fond de la demande.* »

On sent que la même raison de décider s'applique au déclinatoire, puisqu'il doit être opposé avant toute autre exception (2).

---

(1) Au surplus, les mêmes raisons qui ont porté les auteurs cités sur la question traitée *suprà*, n. 704, à penser que le déclinatoire devait précéder l'exception de *la caution du jugé*, se présentent dans l'espèce actuelle, où le tribunal ne peut adjuger la provision qu'en prenant connaissance du fond.

(2) Mais nous ferons observer que, si la demande en communication n'était formée

[[Telle est aussi notre opinion, que nous développons *infrà*, p. 218, § 11, *Question* 739 *bis*.]]

719. *Le défendeur qui a appelé garant, ou qui a demandé au tribunal, pour quelque raison que ce soit, qu'un tiers fût mis en cause, ne s'est-il pas rendu non recevable à décliner ce tribunal?*

M. MERLIN a eu occasion de prouver, dans son nouv. Rép. t. 3., p. 347 et suiv., que demander la mise en cause d'un tiers, c'est reconnaître la compétence du tribunal; il se sert même d'expressions plus générales:

« Toutes conclusions, dit-il, qui tendent à faire intervenir une partie de « plus emportent évidemment reconnaissance de la juridiction. »

Nous sommes bien éloigné de contredire cette opinion dans la cause jugée conformément aux conclusions de ce savant magistrat. Demander à mettre en cause un tiers, pour que *les conclusions du demandeur soient discutées avec lui*, ou prendre, comme dans l'espèce dont il s'agissait, des conclusions qui tendraient à cette fin, c'est évidemment s'occuper du fond, c'est abandonner le déclinatoire, puisque c'est conclure sur le fond. Or, l'esprit de la loi est que les premières conclusions prises contre le demandeur tendent au renvoi, afin qu'il puisse y acquiescer, et éviter l'augmentation de frais qui aurait lieu si l'on pouvait opposer l'exception en tout état de cause.

Mais nous voyons plus de difficulté à induire la renonciation à l'exception déclinatoire, d'une demande en garantie formée dans le délai prescrit par l'art. 175. Nous nous croyons fondé dans l'opinion qu'une telle demande ne couvre point le déclinatoire (1).

---

que dans l'intention exprimée par le défendeur d'opposer un déclinatoire, et de ne demander la communication qu'afin de s'éclairer sur la nature de l'action, et conséquemment sur le mérite de l'exception d'incompétence, on ne pourrait dire que cette exception eût été couverte, puisque la demande n'aurait eu aucun trait au fond. (*V.* nos *quest.* sur l'art. 173.)

(1) Cette opinion, conforme à celle de M. Demian Crouzilhac, pag. 146, se trouve en opposition avec deux arrêts de la Cour de Rennes, des 26 janv. 1809 et 8 janv. 1812, (*J. Av.*, t. 12, p. 449,) lesquels ont décidé que la mise en cause d'un garant doit être considérée comme une défense au fond qui rend non recevable à opposer une nullité d'exploit. C'est un motif de plus pour donner ici les raisons sur lesquelles nous fondons notre sentiment. Nous espérons qu'on excusera la longueur des développements, en considération de ce qu'il s'agit d'une question de nature à se présenter souvent.

La demande en garantie peut être considérée comme une exception, en ce sens que, lorsqu'elle est formée, elle peut produire l'effet de retarder la décision; c'est pour cela que le Code la met au nombre des exceptions dilatoires. (*V.* art. 173, 178 et 179.)

Il faut même dire que, s'il s'agit d'une garantie formelle, cette demande constitue dans la force du mot une véritable exception que le défendeur oppose à l'action dirigée contre lui, puisqu'il peut être mis hors de cause d'après l'art. 182.

Mais serait-il bien exact de s'exprimer de la sorte, quand il s'agit de garantie simple? En ce cas, la mise en cause du garant ne peut retarder tout au plus que la contestation en cause. (*V.* art. 179 et 184.) Le demandeur originaire n'a jamais pour adversaire que le garanti (*V.* art. 183): pourquoi argumenterait-il d'un fait qui lui est absolument étranger?

Il faudrait, pour cela, que la demande en garantie impliquât avec celle en renvoi; et c'est ce que nous ne pouvons croire.

Qu'il soit vrai que le garanti, en exerçant son droit, suppose qu'il puisse être condamné par le tribunal devant lequel il est appelé, cette reconnaissance, de sa part, d'une possibilité qu'il ne peut empêcher d'exister, ne nous semble point une raison suffisante pour faire présumer qu'il a fait l'abandon de ses exceptions et moyens de défenses, quels qu'ils soient; autrement, on pourrait

[[*V. infrà* p. 227, § 13, sect. 1re, n. 8, *Question* 739 *bis*, le développement de notre opinion et l'opinion des auteurs sur cette difficulté assez sérieuse.]]

---

dire aussi qu'il renoncerait à se défendre au fond.

D'ailleurs, il ne dépend point du garanti de lier le garant à une demande formée devant un tribunal incompétent. *Cass.* 4 oct. 1808, rapporté sous l'art. 181, *S.*, 1809, p. 28, et *J. Av.*, t. 14, p. 439.) En effet, le garant peut avoir quelquefois plus d'intérêt que le garanti lui-même à opposer un déclinatoire. Or, si l'on convient qu'appeler garant pour rendre commun avec lui le jugement, quel qu'il soit, qui prononcera sur le déclinatoire qu'on entend proposer, ce n'est pas renoncer à une demande en renvoi, c'est convenir que cette demande et celle en garantie n'impliquent pas.

Maintenant, exigera-t-on que la demande en renvoi soit expressément réservée dans celle en garantie? Nous demanderons quel en serait le motif, puisqu'il n'est pas de la nature de celle-ci qu'elle soit signifiée au demandeur, et qu'on n'y prend aucune conclusion contre lui (art. 179). C'est à la nouvelle partie appelée subsidiairement, à raison d'un événement qu'on ne peut juger d'avance, à opposer par elle-même le déclinatoire à celui qui l'assigne, ou bien à adhérer au déclinatoire qu'il opposerait : ce n'est donc pas au garanti à *réserver* ce déclinatoire, en assignant le garant; il ne peut raisonnablement en parler qu'au demandeur originaire, à qui, encore une fois, toute cette procédure est étrangère.

Il suffit donc que l'exercice de la garantie n'implique pas plus avec l'exception déclinatoire que celle-ci n'implique avec toutes les autres exceptions ou moyens de défenses, pour que le demandeur ne puisse en argumenter.

S'attachera-t-on rigoureusement à l'art. 169, c'est-à-dire à la date des demandes, pour décider, par exemple, que l'exception en renvoi ne serait recevable qu'autant qu'elle aurait été signifiée au demandeur avant que l'assignation eût été donnée au garanti? Il nous semblerait qu'on s'arrêterait à une distinction sans fondement et sans utilité réelle.

Pourquoi entendrait-on par les exceptions et défenses mentionnées en l'art. 169, ce qui n'est évidemment ni exception, ni défense relativement au garant, et ce qui ne l'est pas davantage relativement au demandeur originaire, contre lequel on ne conclut rien en mettant un garant en cause, et auquel on n'a pas besoin de signifier une telle assignation.

En un mot, dans le cas de la garantie, il existe véritablement deux instances (arg. de l'art. 184), et il ne serait nullement raisonnable d'argumenter de l'une à l'autre sans nécessité; ce qui le prouve, c'est que, s'il en était autrement, on serait conduit à commettre contre la loi des contraventions beaucoup plus formelles que celles qu'on voudrait éviter.

Et en effet, les délais pour appeler garant (art. 175), sont beaucoup plus courts que ceux qui sont accordés pour demander le renvoi (art. 177). Si donc il fallait conclure au déclinatoire avant d'appeler garant, ce serait ou abréger les délais des art 175 et 177, ou priver une partie du privilège légal d'obtenir jugement contre son garant, en même temps et au même tribunal où elle serait condamnée, et la forcer ainsi d'avoir deux procès au lieu d'un, contre le vœu des art. 178 et 181.

Jusqu'ici nous n'avons principalement considéré que la garantie simple; mais les mêmes raisonnements, sauf quelques modifications, s'appliqueraient à la garantie formelle, et les conséquences à tirer de ces modifications mêmes, nous paraîtraient uniquement en faveur de l'opinion que nous avons prise.

Assigner purement et simplement en garantie formelle, n'est pas renoncer davantage à opposer le déclinatoire. Il en résulte seulement qu'il faut l'opposer au demandeur originaire, avant de conclure contre lui à être mis hors de cause (art. 182); autrement, si l'on succombait sur ces conclusions, on ne pourrait plus que défendre au fond.

Mais ce qui nous paraît mettre hors de doute que la simple assignation du garant ne peut donner lieu à des fins de non-recevoir, c'est que, d'une part, le garanti ne prétend alors autre chose, si ce n'est que ce n'est pas à lui à défendre, et que, par conséquent, ce sera au garant à opposer le déclinatoire, si bon lui semble; de l'autre, qu'on ne peut priver ce dernier de cette défense, et que, prenant le fait et la cause du garanti, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait l'opposer lui-même au demandeur originaire. [*V.* ce que nous avons dit à l'art. 173, *Q.* 739 *bis*, p. 206.]

720. *Quand un déclinatoire est admis, peut-on, en vertu du jugement de renvoi, procéder devant le nouveau tribunal sans signifier un nouvel ajournement ?*

Le jugement qui prononce le renvoi anéantit l'instance introduite devant le tribunal qui l'a rendu. Or, ce jugement ne fixe point le jour auquel le défendeur devra comparaître devant le juge compétent ; il n'indique pas même quel sera ce juge ; en un mot, l'action est considérée comme si elle n'avait jamais été formée : il faut donc une nouvelle assignation introductive d'instance devant ce juge.—(V. *Quest.* de Lepage, p. 154, et *infrà*, *Question* 723.)

[[Cette solution n'est pas contestable.]]

721. *Dans le cas où les parties consentent expressément ou tacitement à être jugées par un tribunal qui pourrait être décliné pour incompétence autre que celle à raison de la matière, ce tribunal est-il tenu de juger ?*

Nous avons déjà cité un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 1817, *J. Av.*, t. 18, p. 877, qui a prononcé la négative relativement aux tribunaux autres que ceux des justices de paix.

Mais on objecte que cet arrêt se trouve en opposition avec un principe qui paraît résulter évidemment des art. 169 et 170 combinés, savoir : qu'un tribunal ne doit pas suppléer d'office une exception qui ne serait pas fondée sur l'incompétence à raison de la matière (1).

Nous ne contestons point l'existence du principe dont il s'agit ; mais nous ne considérons point l'arrêt de la Cour de cassation précité comme étant en opposition. Un tribunal ne doit pas, à la vérité, suppléer d'office une exception qui peut être couverte par la procédure volontaire des parties ; mais c'est en ce sens seulement qu'il n'y est pas *obligé* rigoureusement, comme il l'est à l'égard de l'incompétence à raison de la matière. Voilà tout ce que l'arrêt exprime.

[[Il est maintenant de jurisprudence constante qu'un tribunal ne peut pas être forcé de juger des plaideurs qui ne sont pas nécessairement ses justiciables. Des raisons d'ordre public sont présentées à l'appui de cette opinion par MM. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 383 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 459 ; BONCENNE, t. 3, p. 251 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 320, et BOITARD, t. 2, p. 22. Un nouvel arrêt du 8 avril 1818, de la chambre civile de la Cour de cassation, a confirmé la doctrine de l'arrêt de 1807 (*J. Av.*, *eod. loc.*). Comme conséquence du même principe, nous décidons, contrairement à un arrêt de la Cour de Colmar, du 6 août 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 333), qu'un tribunal civil saisi d'une affaire commerciale a le droit de renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal de commerce, et contrairement à l'opinion de M. CARRÉ lui-même dans sa *Compétence* (t. 7, p. 308, n° 527, édit. in-8°), que dans le cas de l'art. 636 du Code de commerce, le tribunal peut renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal civil, quoique aucune d'elles ne le demande.]]

[[**721 bis.** *Les parties peuvent-elles d'un commun accord dessaisir un tribunal qui a été primitivement saisi, pour porter le litige devant un autre tribunal ?*

La Cour de Besançon, dans un arrêt du 14 novembre 1828 (*J. Av.*, t. 36, p.

---

(1) La Cour de Rennes, par arrêt du 17 mai 1815, (*J. Av.*, t. 18, p. 877,) a fait l'application de ce principe au cas où un tribunal avait été volontairement saisi, par les deux parties, d'une contestation à l'égard de laquelle il n'était incompétent qu'à raison de la personne.

256), a décidé la négative; la circonstance de fait qui a dû exercer une grande influence sur l'opinion de la Cour, c'est sans doute qu'il n'avait été demandé qu'un sursis.

Car il est difficile de concevoir comment un tribunal ou une Cour peuvent forcer les parties à plaider et à faire rendre décision sur leur affaire.

On comprend bien qu'un tribunal qui n'est pas compétent refuse de connaître d'une contestation qui lui est déférée même par toutes les parties, ainsi que nous le décidons sous le n° 721. Mais que peut-il accorder si rien ne lui est demandé? Ne doit-il point uniquement faire rayer la cause du rôle et ne la recevoir de nouveau qu'après un nouvel avenir et une nouvelle mise au rôle?

Cependant si la cause est en état, nous pensons qu'un désistement est nécessaire pour dessaisir le tribunal: nous devons dire que les magistrats, même au moment de prononcer leur sentence, remettent habituellement à une autre audience, lorsque les deux avoués demandent un délai qui, presque toujours, est employé à rapprocher les parties. Les magistrats comprennent toute l'importance d'une transaction, préférable à une décision qui aigrit le vaincu et laisse quelquefois, à la place du procès civil terminé, un germe de procès criminel.]]

ART. 170. Si néanmoins le tribunal était incompétent à raison de la matière, le renvoi pourra être demandé en tout état de cause; et si le renvoi n'était pas demandé, le tribunal sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit.

C. de pr., art. 229, 424 et 425.—[Carré, *Comp.*, éd. in-8°, t. 5, p. 10, 2e part., liv. 2, tit. 5, n° CXC, et t. 7, p. 306, 2e p., liv. 3, tit. 4, *Q.* 526.—Notre Dictionnaire général de proc., v° *Exception*, n°s 132 à 149. —Devilleneuve, v° *Incompétence*, n°s 29 à 32.—Arm. Dalloz (mêmes mots qu'à l'art. 168).—QUESTIONS TRAITÉES. Le demandeur pourrait-il lui-même former la demande en renvoi pour cause d'incompétence absolue? *Q.* 722 —Quand un tribunal prononce un renvoi, doit-il indiquer celui auquel les parties doivent s'adresser, comme étant le seul compétent pour connaître de leurs contestations? *Q.* 723.— L'incompétence des tribunaux de commerce, relativement aux contestations entre associés pour cause de commerce n'est-elle que relative, en sorte qu'elle doive être proposée *in limine litis*, et qu'elle puisse se couvrir par la procédure volontaire des parties? *Q.* 724.—L'incompétence d'un tribunal qui n'est pas celui de l'ouverture d'une succession peut-elle être considérée comme une incompétence *ratione materiæ*? *Q.* 724 *bis*.—Dans ces cas ou autres semblables, où la partie intéressée à opposer une exception absolue garde le silence ou fait défaut, doit-elle les dépens? *Q.* 725](1).

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que:

1° L'exécution d'un jugement préparatoire ne rend pas inhabile à opposer l'incompétence *ratione materiæ*. (Metz, 18 juin 1812; *J. Av.*, t. 22, p. 284.)

2° L'exception d'incompétence à raison de la matière peut être proposée après que le juge a rendu un jugement interlocutoire sur le fond de la cause. (Brux., 1er av. 1818; *J.* de cette Cour, 1818-1-314.)

3° On peut devant la Cour opposer l'incompétence absolue des premiers juges, encore que l'exception n'ait pas été proposée en première instance, et que l'objet de la contestation soit moindre de 1,000 fr. (Turin, 18 janv. 1808. *J. Av.*, t. 18, p. 893.)

4° En matière d'inscription hypothécaire, l'exception d'incompétence ne peut être opposée, après la défense au fond, contre le jugement émané du tribunal d'un autre arrondissement que celui où l'inscription a été prise. (Paris, 6 juillet 1809; *J. Av.*, t. 18, p. 903.)

5° L'incompétence de l'autorité judiciaire, pour connaître des matières qui sont dans les attributions de l'autorité administrative, peut être proposée pour la première fois en cause d'appel (Amiens, 1er août 1821, *J. Av.*, t. 23, p. 255.); même

CXXVIII. En rapprochant les art. 59, 168, 169, 170 et 171, on peut tirer de leurs dispositions cette conséquence générale, que la loi autorise la demande en renvoi pour trois causes d'incompétence.

Premièrement, lorsqu'un tribunal ne peut connaître de l'action, soit parce que cette action étant *personnelle*, le défendeur n'aurait pas son domicile dans le ressort de ce tribunal, soit parce qu'étant *réelle*, l'objet litigieux ne serait pas situé dans ce ressort; soit enfin parce qu'étant *mixte*, le défendeur n'y serait pas domicilié, et la chose n'y serait pas située. C'est au déclinatoire fondé sur l'une de ces trois causes que s'applique l'art. 169, en tant que l'exception doit être proposée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toutes autres exceptions ou défenses.

Secondement, lorsqu'un tribunal ne peut connaître de l'action, soit parce qu'elle aurait été déjà portée, soit parce qu'elle serait connexe à une autre action également portée devant un autre tribunal, le déclinatoire fondé sur l'une de ces circonstances peut être demandé et ordonné de la manière et aux époques que nous ferons connaître dans les questions qui seront traitées sur l'art. 171.

Troisièmement, enfin, lorsqu'un tribunal ne peut connaître de la contestation, parce que la loi ne l'aurait pas placée dans ses attributions, mais dans celles d'un tribunal d'un autre ordre, ou d'une autorité administrative (1). De là l'incompétence à raison de la matière dont il s'agit dans l'art. 170.

Cette incompétence est *absolue*, en ce sens que l'on peut la proposer en tout état de cause, même sous l'appel (V. *Questions* de Lepage, p. 152, et un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 18 janv. 1808, *J. Av.*, t. 18, p. 893), et que le

---

en Cour de cassation. *Q.* 722 et suiv., et la note 1re de la page 185 *in fine*.

6° L'incompétence résultant de ce qu'un tribunal civil a prononcé une amende qui ne pouvait l'être que par un tribunal correctionnel, peut être opposée en tout état de cause, et même pour la première fois devant la Cour de cassation. (*Cass.* 26 nov. 1810; *J. Av.*, t. 2, p. 604.)

7° L'incompétence des tribunaux de commerce pour connaître d'un billet à ordre qui ne porte là signature d'aucun négociant est personnelle, et doit être opposée *in limine litis*. (Brux., 31 juil. 1809; Paris, 16 août 1811; Brux., 17 mars 1812; Metz, 12 avril 1820, *J. Av.*, t. 18, p. 903; Bourges, 30 juin 1829; Brux., 20 sept. 1822, *J. des Arrêts* de Brux., 1822, 2. 298; Trèves, 4 juill. 1812, *J. Av.*, t. 18, p. 576; Bordeaux, 16 nov. 1832; Grenob., 29 août 1836, *J. Av.*, t. 52, p. 231.) *V. infrà* p. 186, note 1re.

8° La partie assignée en paiement d'un effet de commerce ne peut, lorsqu'il ne s'agit pas d'une incompétence *ratione materiæ*, proposer utilement son déclinatoire, après avoir déclaré qu'elle voulait s'inscrire en faux. (Paris, 28 fév. 1812, *J. Av.*, t. 18, p. 915.)

9° L'exception résultant de ce qu'un Français a été cité à tort devant un tribunal étranger est une exception d'ordre public que le Français peut opposer devant les tribunaux de France après avoir défendu au fond devant les tribunaux étrangers, lorsque déjà il avait, devant ces tribunaux, proposé l'incompétence. (*Cass.*, 17 mars 1830, *J. Av.*, t. 39, p. 108.)

10° Lorsqu'un tribunal de commerce a été saisi d'une contestation relative à une assurance maritime, et a rendu un jugement préparatoire sans que sa compétence ait été contestée, on ne peut plus la décliner et demander le renvoi devant arbitres, même lorsqu'il aurait été convenu dans la police que les parties seraient soumises à la juridiction arbitrale. (Rennes, 7 mars 1835, *J. Av.*, t. 51, p. 620.)

Supp. alph., V° *Exceptions*, n. 57 et s.

(1) Ainsi, par exemple, lorsqu'une affaire serait soumise à un tribunal civil, et que le défendeur opposerait qu'il n'appartient qu'à un tribunal de commerce d'en connaître, celui de première instance serait obligé de prononcer ce renvoi; de même un tribunal de commerce serait tenu de déférer à la demande en renvoi devant un tribunal civil.

tribunal est tenu de prononcer le renvoi dès qu'il est demandé, et que l'on justifie que l'incompétence existe.

Mais l'incompétence à raison de la matière est quelquefois *relative*, en ce sens du moins que, nonobstant les expressions générales de l'art. 170, un tribunal ne serait pas tenu de prononcer le renvoi d'office (1).

722. *Le demandeur pourrait-il lui-même former la demande en renvoi pour cause d'incompétence* absolue?

C'est notre opinion, fondée sur une juste analogie d'un arrêt de la Cour de

---

(1) Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé, par arrêt du 21 avril 1809, (*J. Av.*, t. 18, p. 898), qu'un tribunal civil avait pu connaître des contestations élevées relativement à des effets de commerce, si les parties avaient procédé volontairement devant lui, bien qu'il y eût un tribunal de commerce dans la même ville. Elle a considéré qu'un tribunal civil n'est pas dans une impuissance *absolue* de connaître des matières de commerce, puisque ces sortes d'affaires sont portées devant lui quand il n'y a pas de tribunal de commerce dans la ville où il siége.

En pareille espèce, l'incompétence n'est pas *radicale*, parce qu'en effet, comme l'a parfaitement démontré M. Henrion de Pansey, dans son excellent *Traité de l'ordre judiciaire*, les tribunaux civils ont la plénitude de la juridiction, et ne sont qu'accidentellement, et par exception, incompétents pour juger les causes qui auraient été placées dans les attributions de tribunaux extraordinaires, qui n'ont *été créés* que pour l'intérêt des parties, afin qu'elles fussent jugées plus promptement et avec moins de frais, et non par des raisons d'ordre public qui puissent interdire à celles-ci de renoncer à cet avantage.

[Ce principe incontestable a été appliqué par de nombreuses décisions, notamment par arrêts de la Cour de cassation du 10 juill. 1816; de la Cour de Caen, du 25 fév. 1825; de la Cour de Bordeaux, du 1er fév. 1831; de la Cour de Lyon, du 14 déc. 1832; de la Cour de Poitiers, du 12 juillet 1833, *J. Av.*, t. 18, p. 898, t. 31, p. 191, t. 40, p. 355, et t. 47, p. 472. On peut aussi invoquer un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1830, *S.* t. 30, 1re part., p. 228; néanmoins nous devons reconnaître que M. BOITARD, t. 2, p. 23, embrasse l'opinion contraire.]

Au contraire, lorsqu'une affaire de la compétence des tribunaux civils sera portée devant les tribunaux de commerce, les juges, dans le cas même où le défendeur ne le requerrait pas, doivent s'abstenir de prononcer, et renvoyer devant le tribunal compétent. C'est pourquoi la Cour d'appel de Bruxelles, par arrêt du 28 mai 1808 (*V. Biblioth. du barr.*, 1809, t. 1, p. 179, et *J. Av.*, t. 18, p. 898), a décidé que la juridiction d'un tribunal de commerce ne pouvait être prorogée par l'acquiescement résultant de ce que les parties avaient plaidé au fond, dans une espèce où il s'agissait d'une contestation élevée à l'occasion d'un prêt sur gage.

Cette décision a pour motifs que les tribunaux de commerce étant établis pour connaître de certaines affaires et par exception, leur pouvoir ne peut s'étendre au-delà des limites posées par la loi de leur institution.

[Même décision a été rendue avec raison par la Cour de Dijon, le 6 avril 1819, sur la demande en péremption d'un jugement (*J. Av.*, t. 22, p. 360). On peut aussi consulter notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exceptions*, nos 168, 169, 171 et 173.]

Ici l'on se retrouve sous l'empire du droit commun (*V. Controverses de Belordeau*, lettre J, n° 69). Le tribunal de commerce ne pourrait juger, même avec le consentement formel des deux parties.

Mais si l'affaire appartient à l'autorité administrative, l'incompétence des tribunaux est rigoureusement radicale, parce qu'elle est établie par des raisons politiques et par des lois de droit public auxquelles on ne peut déroger.

Au reste, nous nous bornons ici à poser les notions les plus générales sur *la compétence;* autrement, celles qui nous ont paru indispensables pour l'intelligence des dispositions du Code de procédure. Les questions, aussi difficiles que nombreuses, que présente cette matière sont examinées dans notre *Traité des lois d'organisation et de compétence.* (*V.* liv. 2, et notamment les tit. 1er et 5.)

cassation du 23 juill. 1807 (*Sirey*, t. 7, 2e part., p. 257 ; et *J. Av.*, t. 22, p. 33), lequel décide que le jugement rendu par un tribunal incompétent *à raison de la matière* peut être attaqué par la partie même sur les poursuites de laquelle il a été rendu (1).

[[Le même principe a été confirmé par un nouvel arrêt à la Cour de cassation, du 22 mai 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 29). Du reste, il n'est pas contestable ; en ce cas les conclusions du demandeur forment un véritable désistement qui ne peut pas être refusé par le défendeur, puisque d'office même le tribunal est dans l'obligation de se déclarer incompétent.

Même en cassation une incompétence absolue détermine l'admission d'un pourvoi.

Seulement, il est bien évident que le demandeur doit payer tous les frais qu'il a mal à propos nécessités. M. THOMINE-DESMASURES, t. 1, p. 322, fait observer avec raison que, si la demande offrait plusieurs chefs distincts, dont quelques-uns seraient de la compétence du tribunal saisi, le renvoi ne devrait être alors ordonné que de la partie de la cause dont la connaissance serait interdite à la juridiction de ce tribunal. Disons toutefois que, si l'incompétence n'était que *ratione personæ*, le demandeur ne pourrait pas demander le renvoi devant un autre tribunal, ainsi que l'a fort judicieusement jugé la Cour de Bordeaux, le 9 juin 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 482).]]

723. *Quand un tribunal prononce un renvoi, doit-il indiquer celui auquel les parties doivent s'adresser, comme étant le seul compétent pour connaître de leurs contestations ?*

Il suffit, disent les auteurs des Annales du notariat (*Comm.*, t. 1, p. 345 et 346), que le tribunal déclare qu'il ne peut connaître de la cause, et qu'il la renvoie devant les juges compétents, sans les désigner particulièrement. C'est aux parties à examiner quels doivent être ces juges.

Cette solution se trouve parfaitement en harmonie avec ce que nous avons établi aux observations préliminaires de ce titre, que les exceptions déclinatoires n'étaient pas nécessairement des demandes en renvoi. — (V. aussi *Question* 720.)

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 458, BOITARD, t. 2, p. 16, et BONCENNE, t. 3, p. 212, enseignent la même doctrine, qui, du reste, nous paraît incontestable, et qui s'étaie d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1818 (*J. Av.*, t. 18, p. 928).]]

724. *L'incompétence des tribunaux de commerce, relativement aux contestations entre associés, pour cause de commerce, n'est-elle que relative, en sorte qu'elle doive être proposée* in limine litis, *et qu'elle puisse se couvrir par la procédure volontaire des parties ?*

Cette question a été décidée pour l'affirmative par un arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1815 (*S.* t. 15, 1re part., p. 209 ; et *J. Av.*, t. 4, p. 525), mais dans

---

(1) La Cour de Rennes a rendu une décision semblable le 14 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 19, p. 263), mais elle compensa les dépens, par la considération que les deux parties avaient concouru à induire le tribunal en erreur sur sa compétence, et commis une faute commune, le demandeur en portant l'action devant lui, et le défendeur en consentant à ce qu'il la jugeât. On sent que, lorsque le demandeur requiert son renvoi devant les premiers juges, comme dans l'espèce de notre question, il doit être assujetti à tous les dépens, si le défendeur n'avait pas formellement consenti à la prorogation.

l'espèce d'une société *non écrite*, et par application de l'art. 9 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, et de l'art. 20 de la loi du 16 niv. an 6. Or, l'ordonnance ne renvoyait devant les arbitres que les contestations entre associés dont l'acte d'association avait été rédigé par écrit, et ni cette loi, ni celle du 16 nivôse, n'exigeaient pas même que ces contestations fussent toujours et nécessairement portées devant arbitres; la dernière disposait, au contraire, d'une manière formelle, que le renvoi aurait lieu sur la réquisition de l'une des parties. Ainsi, le déclinatoire ne pouvait alors être considéré que comme une exception purement relative, de nature à être proposée avant toutes défenses, et à se couvrir par la procédure volontaire.

Mais, sous l'empire du Code de commerce, il nous semble que l'on doit donner une solution absolument opposée, et considérer l'exception comme absolue Cela résulte de ces termes généraux de l'art. 52 du Code : *Toute contestation entre associés, et pour raison de société, sera jugée par des arbitres;* expressions qui comprennent les quatre sortes de sociétés commerciales que la loi distingue, même celle en participation, ainsi qu'il a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1815. — (*S.* t. 15, 1re part., p. 154, et *J. Av.*, t. 4, p. 545, 4e espèce.)

Ainsi, dit M. Pardessus, quand la loi veut aussi expressément que la contestation soit jugée par des arbitres, le tribunal de commerce ne peut, même du consentement des parties, en conserver la connaissance. (*Cours de droit comm.*, t. 4, n° 1370, p. 56.) Concluons donc que l'incompétence des tribunaux est absolue en ce point; qu'elle peut être opposée en tout état de cause; qu'elle ne peut se couvrir; et qu'enfin les juges, lors même que la partie assignée garde le silence ou fait défaut, sont obligés de prononcer le renvoi devant arbitres. C'est aussi ce que la Cour de Rennes a jugé par deux arrêts, l'un du 26 déc. 1812, 3e ch., l'autre du 11 juill. 1818. — (*J. Av.*, t. 9, p. 222, *V.* nos *Questions* sur l'art. 424.)

[[Cette question est fort grave. A l'appui de l'opinion de M. Carré, on peut citer un second arrêt de la Cour de cassation du 7 janv. 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 529, 4e espèce). Mais cette Cour est revenue sur sa jurisprudence, et elle a rendu un arrêt contraire, le 9 avr. 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 105); cette dernière jurisprudence a été suivie par la Cour de cassation de Belgique, dans un arrêt du 20 janv. 1835 (*J.* des arrêts de cette Cour, 1835, 1re part., p. 243); M. THOMINE DESMAZURES, t. 1. p. 322, paraît aussi l'adopter.

Les Cours de cassation de France et de Belgique se fondent sur ce motif que les tribunaux civils sont les juges naturels des parties, et que l'art. 51, restrictif de la juridiction exceptionnelle des tribunaux de commerce, ne peut exercer aucune influence sur la compétence des tribunaux ordinaires, auxquels il est parfaitement étranger.

Nous préférons l'opinion de M. Carré, qui tend à faire respecter l'ordre des juridictions. Nous ne pouvons pas admettre que l'art. 51 ne soit restrictif que de la juridiction des tribunaux de commerce.

C'est une juridiction avec ses règles, ses formalités, ses délais, et il doit être permis aux parties de réclamer le renvoi devant leurs juges naturels jusqu'à la décision de la Cour royale. Toutefois nous ne penserions pas qu'après l'arrêt d'une Cour qui, elle, avait juridiction complète et entière sur les parties, et qui dans certains cas pouvait évoquer, la nullité pût être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation.

Tel est le tempérament que nous croyons devoir apporter à une solution trop absolue de la question examinée par M. Carré.

Nous pouvons invoquer trois arrêts : deux de la Cour de Toulouse, des 5 janv. 1824, et 23 déc. 1828, et l'autre de la Cour de Colmar, du 23 déc. 1824 (*J. Av.* t. 29, p. 235, t. 26. p. 41).

C'est ainsi que le 16 août 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 449), la Cour de Paris a jugé

qu'on pouvait en tout état de cause proposer l'exception résultant de ce qu'une action en paiement de salaire d'ouvriers n'avait pas été portée devant le juge de paix, et que, le 28 juin 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 125), la Cour de cassation elle même a décidé que l'incompétence d'un tribunal de première instance en matière d'action possessoire est absolue et peut être proposée en tout état de cause même en appel.]] Sans intérêt depuis l'abrogation de l'arbitrage force.

[[**724** bis. *L'incompétence d'un tribunal qui n'est pas celui de l'ouverture d'une succession peut-elle être considérée comme une incompétence* ratione materiæ?

Un arrêt de Bruxelles du 25 mars 1808 (*J. Av.*, t. 22, p. 38), que M. Carré avait apporté à la note *Jurispr.*, décide, mais pour le cas particulier où il s'agissait d'une demande afin de répudier ou d'accepter la succession, que cette incompétence est *ratione materiæ*. La circonstance que les actes d'adition ou de répudiation doivent être faits au greffe du tribunal de l'ouverture peut justifier cette décision, mais la question s'est présentée dans des espèces plus générales et a reçu une solution opposée devant les Cours de Florence le 9 mai 1810, de Metz le 4 août 1821 (*J. Av.*, t. 18, p. 911 et 938), et d'Amiens le 16 déc. 1825. (*J.* de cette Cour, t. 4, p. 293.)

Ces trois Cours ont jugé que l'incompétence d'un tribunal en matière de succession est *ratione personæ* et peut se couvrir par des défenses au fonds.

C'est aussi notre opinion, qui est également partagée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 322. Il nous semble, comme à cet auteur, qu'il n'y a pas, dans le cas de succession, attribution plus rigoureuse de juridiction que dans le cas où le tribunal est déterminé par le domicile du défendeur ou par la situation de l'objet litigieux : c'est toujours dans l'intérêt des parties que cette compétence est établie ; l'art. 59 ne fait point de différence à cet égard entre les diverses hypothèses qu'il énumère ; les parties peuvent donc y renoncer et sont censées l'avoir fait lorsqu'elles ont consenti à plaider au fond. Et à cette solution ne fait pas obstacle l'arrêt de la Cour de Paris, du 27 nov. 1817 (*J. Av.*, t. 18, p. 926), qui a jugé que l'héritier bénéficiaire, en consentant à plaider sur une demande en paiement d'une dette de la succession, quoiqu'il ait été traduit pour cet objet devant un autre tribunal que celui de l'ouverture, peut plus tard demander son renvoi devant ce dernier tribunal, lorsqu'il est assigné en reddition de compte; car c'était ici deux instances séparées, ayant des objets divers ; les déchéances encourues à raison de l'une ne pouvaient être étendues à la seconde.

Nous n'exceptons pas même de notre solution le cas où des mineurs se trouveraient au nombre des héritiers, et où leur tuteur voudrait décliner la compétence après avoir commencé à procéder, quoiqu'un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 20 avr. 1831, puisse nous être opposé (*S.* 31. 2. 316). La présence de mineurs dans l'instance change-t-elle la nature de l'incompétence? la fait-elle devenir matérielle de personnelle qu'elle était? Avec ce principe ne faudrait-il pas dire aussi que toutes les incompétences sont matérielles à l'égard des mineurs, et qu'assignés par exemple en matière personnelle devant un tribunal qui n'est pas celui de leur domicile, ils ont la faculté de procéder d'abord, sauf à demander leur renvoi en tout état de cause? Voilà une conséquence qui rend le principe inadmissible.]]

725. *Dans ces cas, ou autres semblables* (*Q.* 724) *où la partie intéressée à opposer une exception absolue garde le silence ou fait défaut, doit-elle les dépens?*

L'arrêt de Rennes, du 26 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 9, p. 222), le décide formellement, et telle est notre opinion, fondée sur le motif que, si cette partie avait opposé l'exception, la procédure eût été arrêtée dès son principe. (*V.* la note de la question 722.)

[[Cette décision nous paraît trop sévère et juqu'à un certain point contraire au texte de l'art. 130. La partie qui use d'un droit en refusant de comparaître, et qui, plus tard, gagne son procès, ne sucombe pas ; donc elle ne doit pas être condamnée aux dépens. Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 321.

Notre règle n'est-elle pas appliquee dans toute sa rigueur par la Cour de cassation quand, après avoir cassé un arrêt pour vice d'incompétence matérielle *sur le pourvoi de celui-là même qui avait intenté l'action*, cette Cour condamne aux dépens le défendeur au pourvoi qui se trouve victime de l'impéritie des juges ?]]

ART. 171. S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante à un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné.

Ord., tit. 6, art. 3.—C. pr., art. 363, 363, 750.—[Carré, *Compét.*, éd. in-8°, t. 3, p. 357, 2e part., liv. 2, t. 1er, n° CXLVII, et t. 5, p. 24, 2e part., liv. 2, tit. 5, n° CXCI.—Notre Dictionnaire général de proc., v° *Exceptions*, n°s 32 *bis*, 33, 43, 48, 49, 51, 52, 56, 57 —Devilleneuve, vis *Connexité*, n°s 1 à 24. *Litispendance*, n°s 1 à 10. — Arm. Dalloz (mêmes mots qu'à l'art. 168). — QUESTIONS TRAITÉES. Devant quel tribunal doit-on proposer l'exception de renvoi pour cause de litispendance ou de connexité? *Q.* 726. —Est-il nécessaire, pour que l'on puisse demander un renvoi fondé sur la litispendance, que la cause ait été contestée devant le tribunal qui aurait été saisi le premier? *Q.* 727. — Si dans le cas de litispendance le renvoi demandé était refusé, quelle ressource resterait aux parties? *Q.* 728.—Résulte-t-il de l'art. 171 qu'une demande purement personnelle puisse être formée à un tribunal autre que celui du domicile du défendeur, lorsqu'elle est connexe avec une autre demande déjà formée à ce tribunal? *Q.* 729.—Mais la même décision serait-elle rendue dans le cas où la loi aurait attribué à certains tribunaux une juridiction spéciale, relativement à l'objet de la contestation? *Q.* 730.—Dans le cas où une demande, connexe à une autre demande formée antérieurement, est portée au même tribunal que celle-ci, que peuvent demander les parties? *Q.* 731.—Les demandes en renvoi pour cause de litispendance et de connexité pourraient-elles être couvertes par la procédure volontaire de la partie? *Q* 732 (1).

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La demande en renvoi, autorisée par l'art. 171, n'est admissible qu'autant que celle qui a été précédemment formée devant un autre tribunal l'a été entre les mêmes parties. (Rennes, 18 nov., 1814, *Journal* de cette Cour, t. 4, p. 331, et *J. Av.*, t. 18, p. 923.)

2° L'étranger qui a contracté une obligation, dans son pays, envers un Français, peut être traduit devant les tribunaux du royaume, même lorsqu'il y a litispendance devant un tribunal étranger, et conséquemment il ne peut demander son renvoi devant ce dernier tribunal. Trèves, 18 mars 1807 ; Cass., 7 sept. 1808. (*V. Jurisp. du Code civil*, t. 9, p. 114 ; *S.*, t. 8, p. 453, et t. 22, p. 96 et 111); [Bordeaux, 19 juill. 1836, *J. Av.* t. 52, p. 291, *cass.*, 15 nov. 1827, t. 34, p. 219; Paris, 23 therm. an 12; Turin, 21 mai 1812; Brux., 12 avril 1827, *J. Av.*, t. 18, p. 871.]

3° L'interpellation pour se concilier sur une demande projetée, n'est point une demande judiciaire d'où puisse résulter l'exception de litispendance, et il en est de même de l'interpellation reconventionnelle faite par le défendeur en conciliation, (Paris, 7 niv. an 12, *S.*, t. 4, 2e part., p. 746 et *J, Av.*, t. 7. p. 207.) **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 120 et s.

4° Le tribunal de commerce saisi d'une demande dont les chefs principaux sont de nature commerciale et d'autres civils, doit, si ces chefs sont connexes et nécessitent un compte de l'aveu des parties, connaître de la cause pour le tout. (Bourg, 15 nov. 1830, *Journ. de Bourg*, t. 16, p. 8.)

5° Lorsqu'une action renferme deux chefs distincts, l'un de la compétence du juge de paix, l'autre de la compétence des tribunaux ordinaires, un tribunal civil ne peut pas retenir la connaissance de ces deux chefs. (Rouen, 11 janv. 1828, *Journ. de Rouen et Caen*, t. 9, p. 173.)

6° La demande en renvoi d'une contestation devant un tribunal saisi d'une instance connexe, peut être formée encore que la contestation résultât d'une convention dans laquelle les parties désignent pour en connaître le tribunal devant lequel

CXXIX. Un même objet, une même contestation, ne peuvent recevoir à la fois deux procédures et deux jugements. De cette maxime incontestable au barreau,

---

elle est portée. (Caen, 6 fév. 1826, *S.* 27. 2. 222.)

7° Il n'y a pas connexité entre une demande en liquidation d'une société et une demande en déclaration de faillite de cette société. (*Cass.* 14 janv. 1829, D. t. 29. 1. 105.)

8° Lorsqu'il existe une société en participation entre deux maisons de commerce établies sur deux points très distants l'un de l'autre, cette circonstance suffit pour qu'au cas de faillite des deux maisons, il y ait connexité et attribution de la connaissance des deux faillites à un seul et même tribunal. (*Cass.*, 30 déc. 1811, *J. Av.*, t. 18, p. 914.)

9° Le mari qui repousse la demande d'une pension réclamée par sa femme, d'après les conventions portées en son contrat de mariage, par une demande incidente tendant à ce que son épouse vienne habiter le domicile conjugal, ne forme qu'une défense à l'action principale contre lui intentée. Les deux demandes, principale et incidente, sont connexes, et on doit y statuer par un seul et même jugement. (Orléans, 15 juin 1824, *J. Av.*, t. 15, p. 111.)

10° Lorsqu'une action personnelle a été originairement intentée contre deux individus, et que l'un d'eux est devenu sans intérêt parce que l'autre a pris son fait et cause, si celui-ci intente, contre son demandeur originaire, une demande reconventionnelle, ce dernier ne peut donner suite à son action devant le tribunal où la partie, devenue sans intérêt, se trouve domiciliée, et y attirer l'action reconventionnelle de son adversaire, sous prétexte de connexité entre les deux demandes. (*Cass.*, 5 juill. 1808, *J. Av.*, t. 2, p. 371.)

11° Lorsque la Cour suprême en cassant un arrêt qui avait décidé qu'un associé liquidateur n'avait pu engager ses coassociés, ordonne la restitution des sommes payées, la question de savoir si elles ont été réellement payées n'offre aucune connexité et ne peut être portée devant la Cour saisie de la cause par l'arrêt de renvoi, les juges du domicile des parties sont seuls compétents pour en connaître. (*Cass.*, 8 mai 1816, t. 18, p. 924.)

12° L'action en restitution contre des avoués et celle en prise à partie ne peuvent être connexes. (*Cass.*, 25 avril 1827, *J. Av.*, t. 33, p. 142.)

13° La demande en renvoi pour litispendance doit être accueillie si on ne prouve pas le désistement de l'autre instance que l'on prétend y opposer. (Rennes, 17 mars 1826. *J. de Rennes*, 1826, p. 120.)

14° Lorsque plusieurs instances pendantes dans différents tribunaux ressortissant à des Cours différentes, n'ont pas une connexité parfaite entre elles et entre les mêmes parties, il n'y a pas lieu à ordonner qu'elles soient renvoyées à un même tribunal. (*Cass.*, 1er juillet 1817, *J. Av.*, t. 22, p. 110.)

15° Il y a litispendance lorsque le succès de la demande formée devant un tribunal est subordonné au jugement de questions soumises à un autre. (Rennes, 17 mars 1826, *J. de Rennes*, 1826, p. 120.)

16° Le mari qui a réclamé contre sa femme, demanderesse en séparation de corps, une somme pour sa portion contributoire aux dépenses du ménage, demande sur laquelle le tribunal a sursis à statuer jusqu'à ce que le mari ait rendu à sa femme des comptes que celle-ci lui demandait, peut, après le jugement de séparation, demander devant un nouveau tribunal une pension alimentaire, sans qu'on ait droit de soutenir qu'il y ait litispendance devant le premier de ces deux tribunaux. (*Cass.*, 5 juin 1832, *J. Av.*, t. 43, p. 691.)

17° Lorsque la demande en radiation d'inscription hypothécaire est subordonnée à la validité d'un titre sur le mérite et l'efficacité duquel il y a déjà instance pendante devant les juges du domicile, cette demande peut être renvoyée devant ces derniers juges. (*Cass.*, 5 mai 1812, *J. Av.*, t. 18, p. 917.)

18° Un tribunal civil peut ordonner la restitution de bestiaux saisis en délit quoique les tribunaux correctionnels soient saisis de la connaissance du délit, lorsque la litispendance n'a pas été expressément proposée. (*Cass.*, 14 août 1821, *J. Av.*, t. 23, p. 275.)

19° Il n'y a pas litispendance entre une instance introduite par le légataire institué en délivrance de son legs et l'instance qui a pour objet de faire statuer sur une de-

et qui se lie tout à la fois et à l'ordre des juridictions et à l'intérêt des particuliers, dérive la disposition de l'article ci-dessus, dont le but est d'épargner des frais et des embarras inutiles, et surtout d'empêcher que deux jugements opposés n'interviennent sur une même contestation.

726. *Devant quel tribunal doit-on proposer l'exception de renvoi pour cause de litispendance ou de connexité* (1)?

C'est devant le tribunal qui a été saisi par la dernière assignation.

Ainsi, l'effet de l'exception de litispendance ou de connexité est de faire renvoyer devant le tribunal qui a été saisi le premier (2), quoique, d'ailleurs, celui devant lequel, soit la même cause, soit la cause connexe, aurait été récemment portée, fût compétent pour en connaître. —(*Cass.*, 7 juin 1810, *S.*, t. 10, 1re part., p. 270, et *J. Av.*, t. 12, p. 388.)

[[Cette décision est forcément indiquée par les termes mêmes de l'art. 171 « s'il a été formé *précédemment.... déjà* pendante..., etc... ; le renvoi pourra être demandé et ordonné. » Evidemment c'est le renvoi de la seconde cause. MM. BOITARD. t. 2, p. 36; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 459, 2e col., et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 324, n'hésitent pas à adopter cette opinion. Toutefois ce dernier, d'accord en cela avec l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1820, cité par M. Carré, à la note, excepte le cas où la demande introduite en second lieu serait principale, tandis que la première ne serait qu'accessoire; il veut que, dans ce cas, le tribunal dernier saisi soit appelé à connaître des deux instances. M. BOITARD *loco citato* repousse cette distinction. Cependant, comme il peut y avoir des degrés dans les rapports de principale ou d'accessoire qui existent entre deux demandes, il nous semble qu'on devrait avoir égard à ces différences, et que la question devient alors une simple question de fait.]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 94, 127 et s.

727. *Est-il nécessaire, pour que l'on puisse demander un renvoi fondé sur la litispendance, que la cause ait été contestée devant le tribunal qui aurait été saisi le premier?*

Il suffit que ce tribunal ait été saisi par un ajournement.

[[Aucun auteur n'élève le moindre doute sur cette solution.]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 125, 126.

728. *Si, dans le cas de litispendance, le renvoi demandé était refusé, quelle ressource resterait aux parties?*

La partie qui a formé la demande en renvoi doit se pourvoir en réglement de juges; elle pourrait cependant interjeter, purement et simplement, appel du déni de renvoi. Mais on remarquera qu'il ne peut arriver que très rarement

---

mande en nullité ou rejet de testament. (Montp., 4 mars 1824, *J. Av.*, t. 26, p. 229.)

20° Comme aussi il n'y a pas litispendance entre une demande en paiement d'un reliquat de compte annulé pour vice de forme par le demandeur originaire à fin de décharge de comptes. (Paris, 6 juillet 1830, *J. Av.*, t. 39, p. 235.)

(1) *Litispendance*, de *lis, procès*, et de *pendere, être en suspens;* c'est le terme pendant lequel un procès est pendant en justice. *Connexité* de *connexio, liaison;* c'est le rapport ou la liaison qui se trouve entre plusieurs affaires.

(2) Mais si des deux demandes connexes portées en des tribunaux différents, l'une était principale, l'autre accessoire, cette dernière, bien que formée la première, doit néanmoins être reportée devant le tribunal où la demande principale est pendante. (*Cass.*, 21 juin 1820, *S.*, t. 20, 1re part., p. 418, *J. Av.*, t. 18, p. 836.)

que l'exception de litispendance soit rejetée, puisqu'elle repose toujours sur un fait qu'il est facile de prouver par la représentation de l'assignation par laquelle un autre tribunal que celui devant lequel l'exception serait opposée aurait été saisi.

Mais il n'en est pas de même de la connexité : on ne peut pas toujours, avec une égale facilité, justifier du rapport qu'il y a entre la demande nouvellement formée et celle qui serait déjà pendante devant un autre tribunal. L'appel aura donc souvent lieu ; mais jamais on ne prendra la voie du réglement de juges, si l'on ne réussit pas à faire prononcer le renvoi : tout est terminé relativement à l'exception, par l'arrêt intervenu sur l'appel.

[[M. Carré a supposé que les deux causes étaient portées devant deux tribunaux dont les décisions pouvaient être frappées d'appel ; c'est sans doute ce qui l'a déterminé à penser qu'en cas de connexité le reglement de juges ne pouvait pas être introduit ; mais si les causes connexes étaient au contraire pendantes devant deux Cours royales, quelle serait donc la marche à suivre pour empêcher les Cours de statuer séparément ?

Evidemment, selon nous, la connexité a le même caractère que la litispendance. C'est une variété du genre, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi. Il existe une bien grande affinité entre la connexité et la litispendance ; là où l'on pensait d'abord qu'il n'y avait simplement que connexité, la discussion vient démontrer qu'il y a identité de question à résoudre, et que c'est la même affaire sous une enveloppe différente.

Nous pensons donc que dans tous les cas la voie du réglement de juges peut être employée.]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 136, 137

229. *Résulte-t-il de l'art.* 171 *qu'une demande* PUREMENT PERSONNELLE *puisse être formée à un tribunal autre que celui du domicile du défendeur, lorsqu'elle est connexe avec une autre demande déjà formée à ce tribunal?*

En ne considérant que d'une manière superficielle les dispositions de l'art. 171, il semblerait que le défendeur seul eût, en cas de connexité, le droit de requérir le renvoi, s'il le jugeait à propos, et que le demandeur n'aurait pas le pouvoir d'user de cette faculté. De là on croirait pouvoir tirer la conséquence que le demandeur n'aurait pas le droit d'assigner devant le tribunal où il aurait porté une première demande, à l'effet d'en poursuivre une seconde qui serait connexe à celle-ci.

Mais si l'on considère qu'il est de l'intérêt du demandeur, autant que de celui du défendeur, de ne pas plaider devant deux tribunaux différents, pour raison d'une contestation qui serait *connexe* à une autre déjà engagée devant un tribunal, on se convaincra facilement que le demandeur a également le droit de porter directement devant le tribunal déjà saisi d'une contestation, la demande nouvelle qu'il voudrait former (1). Voy. Q. 255.

[[Cette opinion et la décision rapportée en note sont approuvées, avec raison, par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 460, 1re col. Nous citerons par analogie un arrêt de la Cour royale de Colmar du 21 mars 1807. Cet arrêt permet au demandeur lui-même, qui aurait saisi deux tribunaux différents d'une demande identique, de se pourvoir en réglement de juges contre sa propre procédure.]]

---

(1) C'est aussi ce qui a été décidé par arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 8 av. 1807 (*S.*, t. 7, p. 361, et *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 12); attendu, est-il dit dans les considérants de cet arrêt, que si, en thèse générale, la demande *purement personnelle* doit être portée devant le juge du domicile du défendeur, il y a exception pour le cas de connexité.

730. *Mais, la même décision serait-elle rendue, dans le cas où la loi aurait attribué à certains tribunaux une juridiction spéciale, relativement à l'objet de la contestation?*

On doit résoudre cette question pour la négative, d'après un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1810. (*V. S.*, t. 10, 1re part., p. 191, *J. Av.*, t. 18, p. 906, et *J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 186). Cet arrêt a décidé que l'art. 13 du tit. 3 de la loi du 15 germ. an 6, d'accord en cela avec l'art. 794 du Code de procédure, attribuant *formellement au tribunal du lieu où se fait l'arrestation d'un débiteur contraignable par corps, la connaissance* des contestations relatives à la régularité de cette arrestation, on ne pouvait invoquer la connexité pour porter ces contestations devant un autre tribunal.

[[Il ne s'agit pas, dans l'arrêt rapporté, d'assignation directe devant le tribunal saisi de l'affaire connexe; mais bien de la demande en renvoi formée au tribunal saisi de la contestation relative à la régularité d'une arrestation. C'est aussi le même cas que considère et que décide d'une manière conforme M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 324. Au reste, le motif de décider serait *a fortiori*, s'il s'agissait d'assignation directe : il en serait autrement, si la nullité invoquée reposait sur des moyens tirés du fond; en ce cas la demande devrait être portée devant le tribunal du lieu où le jugement est exécuté (Art. 794 *in fine*, C. pr. c.)]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 98.

731. *Dans le cas où une demande connexe a une autre demande formée antérieurement est portée au même tribunal que celle-ci, que peuvent demander les parties?*

Elles peuvent demander la jonction des deux causes, ou, si chacune se trouvait soumise à une section différente, demander le renvoi de la cause la plus récente à la section saisie de la première affaire (1).

[[C'est ce qu'enseigne aussi M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 460. Il a été jugé

---

(1) Mais cette remarque nous fournit l'occasion de rapporter un arrêt de la Cour de Paris, du 31 août 1808 (*V. Journal du Palais*, 3e édit. t. 7, p. 128), par lequel il a été décidé que, dans le cas où plusieurs demandes sont formées par plusieurs individus ayant des intérêts distincts, mais contre la même personne, devant le même tribunal et sur la même question, le défendeur ne serait pas fondé à requérir la jonction des causes.

« C'est, en effet, un principe de droit public, que chaque cause doit se juger séparément ; et si ce principe reçoit des exceptions dans les cas de litispendance et de connexité, il ne peut recevoir son application dans le cas où les intérêts de plusieurs demandeurs sont distincts.

« Les jonctions, disaient les rédacteurs du *Journal du Palais*, dans la 1re édit., 1809, p. 26, sont ou facultatives, ou commandées par la loi (*V.* art. 719); elles sont des exceptions à une règle de droit public : on ne doit donc pas inconsidérément joindre toutes celles qui ont quelques rapports entre elles ; car on priverait quelquefois les parties de leurs plus puissants moyens de défense, tels que les exceptions d'incompétence, et d'autres avantages que le législateur n'a pas voulu leur enlever. »

Ainsi, l'arrêt de la Cour de Paris que nous venons de rappeler, a eu pour motif que les causes dont on demandait la jonction n'avaient aucune *connexité*, puisqu'elles existaient entre des parties différentes, dont les intérêts n'étaient pas les mêmes. De là nous concluons qu'il est nécessaire, pour que l'on puisse joindre régulièrement, que les causes soient entre les mêmes parties ayant les mêmes intérêts.

[Quoiqu'on puisse opposer à cette opinion un arrêt du 14 déc. 1819 (*J. Av.*, t. 18, p. 934), nous la croyons néanmoins fondée sur les véritables principes, et nous citerons, comme sanction de notre doctrine, deux arrêts, l'un de la Cour de Rennes, du 18 nov. 1814 (*J. Av.*, t. 18, p. 923), et l'autre de la Cour de Bordeaux, du 13 mai 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 689); M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 324, accorde seulement, dans

d'après ce principe, qu'une Cour peut joindre les appels de deux jugements dans une affaire connexe (Rennes, 28 avr. 1817, 18 juill. 1820, *J. Av.*, t. 15, p. 128; t. 19, p. 223). Peu importe que les jugements dont est appel aient été rendus par différents tribunaux. *V.* aussi M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 323.]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 99 et s.

732. *Les demandes en renvoi pour cause de litispendance et de connexité, pourraient-elles être couvertes par la procédure volontaire de la partie?*

M. MERLIN résout cette question comme suit (*V. Nouv. Répert.*, au mot *Compte*, t. 2, p. 684) :

« Sans doute, en thèse générale, la connexité de deux affaires est un motif « déterminant pour renvoyer la plus récente au tribunal qui, avant qu'elle fût « commencée, se trouvait saisi de la première.

« Mais cette règle perd toute sa force dans le cas où le consentement de la « partie qui conclut à ce renvoi, a fixé l'affaire la plus récente dans le tribunal « où elle a été portée originairement. *La partie* qui a une fois consenti de plai- « der devant le tribunal où a été originairement portée l'affaire la plus récente, « ne peut pas se jouer ainsi de son consentement; son consentement est pour elle « une loi qui, dans ce cas particulier, doit l'emporter sur la règle générale.

« Et vainement dira-t-elle que, par l'effet de ce consentement, elle se trouve « exposée à deux procès pour le même objet; vainement dira-t-elle que de là il « pourra résulter, sur un même objet, deux jugements contraires l'un à l'autre.

« On lui répondra qu'un tel inconvénient ne peut jamais faire fléchir un « principe, et que, d'ailleurs, il y a deux manières de parer à l'inconvénient « dont elle se plaint; que, d'une part, elle peut demander à l'un des tribunaux « qu'il surseoie à prononcer jusqu'à ce que l'autre ait statué définitivement; « que, de l'autre, elle peut aussi conclure devant le tribunal saisi de la pre- « mière affaire, à ce qu'il en fasse le renvoi au tribunal saisi de l'affaire la « plus récente. »

M. DELAPORTE, (t. 1, p. 175), dit aussi que l'exception de litispendance ou de connexité doit être proposée comme les autres, avant de défendre au fond, parce qu'elle tend plutôt à faire casser l'instance qu'à éteindre l'action.

D'autres, au contraire, regardent une telle exception comme mixte, attendu qu'elle intéresse tout à la fois celui qui la propose, et, sous quelque rapport, le bon ordre de la justice (*V.* M. THOMINE, p. 110), et en concluent qu'elle peut être proposée, même après les défenses, et que le juge doit y avoir égard, soit afin d'éviter la pluralité et la contrariété des jugements, soit afin de rendre la procédure plus régulière. Un acquiescement présumé, disent-ils, ne peut nuire à ce qui a été réglé pour l'administration de la justice.

Nous sommes porté à adopter cette opinion, en ajoutant aux considérations ci-dessus que la loi ne dit point, en l'art. 171, que l'on soit obligé de former *in limine litis* la demande en renvoi pour cause de litispendance ou de connexité, ainsi qu'elle s'en est expliquée en l'art. 169, au sujet des déclinatoires fondés sur l'incompétence à raison du domicile ou à raison de la situation de la chose litigieuse (1).

[[L'opinion de M. Merlin, que repousse ici M. Carré, est refutée avec beaucoup de force par M. BOITARD, t. 2, p. 37 et suiv., mais surtout par M. BON

---

ce cas, la faculté de demander un sursis.]]

(1) Mais nous ferons observer, avec M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 142, que, si la demande en renvoi n'était pas formée *in limine litis*, le tribunal devrait, par rapport aux dépens, prendre en considération l'époque à laquelle elle aurait lieu, afin de les faire supporter par la partie qui, pouvant prévenir une procédure, et ne le faisant pas, a véritablement à s'imputer d'être la cause des frais que cette procédure occasionne.

CENNE, t. 3, p. 247 et suiv. Leurs motifs principaux consistent à dire que le bon ordre de la justice exige qu'il n'y ait pas deux procès pour un, et surtout qu'il ne puisse y avoir contrariété de jugements, et que d'ailleurs la règle de l'art. 169 n'est point rappelée dans l'art. 171. Cette décision obtient l'assentiment de MM. FAVARD, t. 2, p. 460, et PIGEAU, t. 1, p. 147, qui néanmoins voudraient, pour la régularité, que l'exception de litispendance et de connexité fût proposée *in limine litis*; mais ces auteurs ne prononcent pas de déchéance contre le défendeur qui réclame le renvoi, après avoir présenté des défenses au fond; seulement, ils mettent alors à sa charge les frais frustratoires que son retard a occasionnés. Cette dernière décision, parfaitement juste quant aux frais, est aussi enseignée par M. BONCENNE, t. 3, p. 251.

Il nous semble nécessaire d'apporter, à ces diverses opinions trop tranchées, un certain tempérammment au moyen d'une distinction bien simple. L'art. 171 s'exprime ainsi : « Le renvoi *pourra* être demandé et ordonné. » C'est là une faculté laissée aux magistrats; si, après avoir procédé au fond devant le tribunal dernier saisi, une partie demande le renvoi, son adversaire n'aura peut-être aucun intérêt à s'y opposer, et dès lors le renvoi *pourra* être accordé, mais si ce renvoi offrait des inconvénients, si, par exemple, le jugement de la cause étant bien plus prochain dans le second tribunal que dans le premier, il parraissait que la demande en renvoi n'est formée que dans l'intention d'éviter ou de retarder l'issue du procès, le bon ordre de la justice ne serait-il pas alors plus intéressé au rejet de la demande qu'à son admission? Les juges pourraient, dans ce cas, ne pas s'arrêter aux conclusions sur le fond qui auraient été prises. Toutefois, nous pensons que le renvoi pour cause de litispendance ou de connexité n'est pas tellement d'ordre public qu'il doive être ordonné d'office malgré le silence des parties. Soulevée devant la Cour d'appel de Bruxelles, le 10 février 1836, et devant la Cour de cassation de la même ville, le 19 oct. 1836, cette question a reçu de la part de l'une et de l'autre de ces deux Cours la solution que nous adoptons (*J. des arrêts* de Bruxelles, 1836, 2e part., p. 128, et e part., p. 274.)]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 103, 104, 133 et s.

ART. 172. Toute demande en renvoi sera jugée sommairement, sans qu'elle puisse être réservée ni jointe au principal.

[Comm. du Tarif, t. 1, p. 237, n°s 17, 18 et 19]; C. de pr., art. 424, 425 et 473, et *suprà*, sur l'art. 169 [Notre Dictionnaire général vis *Exception*, n°s 306, 311, 312, 314, 315, 316. *Matières sommaires*; n° 50.— Devilleneuve, v° *Renvoi*, n°s 16 à 26.—Arm. Dalloz (mêmes mots qu'à l'art. 168). — QUESTIONS TRAITÉES. De ce que l'art. 172 dit que la demande en renvoi sera jugée sommairement, s'ensuit-il qu'elle doive être considérée comme étant en elle-même une affaire sommaire? *Q.* 733. — L'art. 172 voulant que la demande en renvoi soit jugée sommairement, s'ensuit-il que le tribunal doive nécessairement la décider sur-le-champ, et à la même audience? *Q.* 734.—Un tribunal peut-il statuer sur le fond par le même jugement qui rejette un déclinatoire? *Q.* 735.—Si l'on admet qu'il ne soit pas rigoureusement interdit aux tribunaux ordinaires de prononcer par un seul et même jugement sur la demande en renvoi et sur le fond, s'ensuit-il que la partie qui oppose le déclinatoire et qui plaide subsidiairement sur le fond, n'aurait pas couvert son exception? *Q.* 736.—Lorsque le demandeur a plaidé au fond, et que le défendeur s'est borné à opposer son déclinatoire, le tribunal (en supposant qu'il puisse statuer par un même jugement sur l'exception et sur le fond), ne doit-il pas du moins ne statuer au principal qu'après avoir préalablement rejeté le déclinatoire, et ordonné au défendeur de plaider au fond? *Q.* 737.—Si, au lieu d'admettre qu'un tribunal ordinaire puisse prononcer par un seul et même jugement sur le déclinatoire et sur le fond, l'on reconnaît au contraire qu'il doit statuer sur l'un et sur l'autre par jugement séparé, pourrait-il prononcer le jugement sur le fond à la même audience où il serait statué sur le déclinatoire? *Q.* 738. — Lorsqu'un tribunal, en se déclarant compétent, a, par le même jugement, prononcé sur le fond de la contestation, que le défendeur appelle de ce jugement, et qu'au fond l'objet de la contestation n'est pas sujet à l'appel, la Cour, en confirmant le jugement sous le rapport de la compétence, peut-elle l'annuler dans la forme, en ce qui concerne le fond? *Q.* 739 (1).]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Les tribunaux de commerce peuvent statuer par un même jugement sur l'exception de litispendance et sur le fond. (Nismes, 17 janv. 1812; *J. Av.*, t. 18, p. 915);

2° Lorsque l'exception d'incompétence

CXXX. Les demandes en renvoi, ou pour mieux dire les exceptions déclinatoires, n'offrent qu'un simple incident toujours facile à vérifier, et qui n'avance en rien la décision du procès : c'est la raison pour laquelle la loi veut, dans l'intérêt des parties, que ces exceptions soient jugées *sommairement* (1). Elles ne présentent, en effet, pour seule question, que celle de savoir si le tribunal peut connaître de la demande, et il serait conséquemment déraisonnable qu'avant de statuer sur l'existence d'un droit, on commençât par l'exercer : voilà le motif de la défense que le législateur a faite dans l'art. 172, de réserver en définitive, ou de joindre au principal, une exception de cette nature.

733. *De ce que l'art.* 172 *dit que la demande en renvoi sera jugée sommairement, s'ensuit-il qu'elle doive être considérée comme étant en elle-même une affaire sommaire?*

Il résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 25 mai 1808 (*S.*, t. 8, 2e part., p. 262; *J. Av.*, t. 9, p. 175, et *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 706), que l'on ne doit conclure rien autre chose des termes de l'art. 172, si ce n'est que la demande en renvoi doit être jugée avec célérité, sans rapport, et sur l'instruction restreinte par le tarif des frais et dépens qui a suivi la mise en activité du Code, mais non qu'elle soit en elle-même une affaire sommaire qui doive être instruite et jugée comme telle. C'est aussi l'opinion de M. PIGEAU, t. 1, p. 141 (2).

[[Cette opinion est encore partagée par MM. BOITARD, t. 2, p. 40; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 460, et BONCENNE, t. 3, p. 263, qui s'appuyent sur la disposition de l'art. 75 au tarif, où les requêtes sont autorisées pour former une demande en renvoi. Ces auteurs en concluent que le mot *Sommairement* n'est inséré dans la loi que pour avertir le juge de mettre de la célérité dans sa décision. Ils ne pensent pas que cette expression ait pour but de ranger ces sortes de demandes dans la classe des matières sommaires. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 325, est d'un avis contraire; la faculté de faire une requête ne lui semble pas caractériser nécessairement les matières ordinaires. La Cour de Grenoble a pensé, comme lui, le 6 mars 1821 (*J. Av.*, t. 16, p. 738). *V.* notre *Commentaire*

---

se confond avec le fond sur lequel le demandeur a conclu, quoique subsidiairement, les juges ne sont pas obligés de rendre une décision séparée sur l'incompétence. (*Cass.*, 27 av. 1825; *J. Av.*, t. 32, p. 212) ; V. la note de la question 735 ;

3° Les tribunaux ne sont pas obligés de rejeter en termes formels l'exception proposée par la partie défenderesse, lorsque l'objet de cette exception se lie nécessairement à l'admission de la demande formée par l'autre partie. (Colmar, 2 août 1811; *J. Av.*, t. 19, p. 149.)]

(1) *Sommairement*, de *summarium*, *abrégé*, c'est-à-dire en abrégeant la procédure ordinaire. (*V.* ci-dessus la 733e *Quest.*)

(2) On peut remarquer, en effet, que la nomenclature des affaires sommaires proprement dites est énoncée dans l'art. 404, et que les art. 311, 320, 405, 669, 809, 847 et 973, veulent que ces causes soient jugées, ou *sur un simple acte*, ou *sans instruction*, ou *comme en matière sommaire*, ou *sans procédure*, ou *sans aucune procédure*, ou *sans aucune requête*.

On voit même, dans le tarif du 6 févr. 1807, que la requête pour proposer un déclinatoire ou renvoi est taxée, non au chap. 1er qui est relatif aux matières sommaires, mais au chap. 2 qui concerne les matières ordinaires, et que l'art. 75 de ce tarif dispose que ces requêtes n'excéderont point six rôles.

C'est par ces motifs que la Cour de Paris a prononcé, par l'arrêt précité, que les dépens sur une demande en renvoi, lorsque la cause principale n'est pas elle-même dans la classe des affaires sommaires, doivent être taxés comme dépens de matière ordinaire.

[Au titre des *matières sommaires* nous donnons un résumé de la doctrine que nous avons développée, à ce sujet, dans notre *Commentaire du tarif*.]

du Tarif, t. 1, p. 417, où nous rapportons un second arrêt de la Cour de Paris du 12 sept. 1810 (*J. Av.*, t. 9, p. 197), par lequel la première jurisprudence de cette Cour est confirmée, et avec raison selon nous.]]

734. *L'art.* 172 *voulant que la demande en renvoi soit jugée* SOMMAIREMENT, *s'ensuit-il que le tribunal doive nécessairement la décider sur-le-champ et à la même audience ?*

On doit toujours juger sur-le-champ les déclinatoires ou renvois, quand les parties sont d'accord sur la juridiction où la chose contentieuse est située, ou bien dans laquelle demeure la partie assignée.

Mais si cette situation, ou si le domicile du défendeur est contesté, alors le juge, avant de faire droit sur le renvoi requis, peut ordonner la preuve, même par témoins, si la matière y est disposée.—(*V.* JOUSSE, sur l'art. 3, tit. 6, de l'*Ordonnance.*)

[[Telle est aussi notre opinion; nous ajouterons, avec M. MERLIN, *Répert.* v° *Déclinatoire*, §. 1, qu'il peut arriver que les faits qui servent de fondement au déclinatoire ne soient pas suffisamment éclaircis pour statuer sur-le-champ et que rien n'empêche d'ordonner, qu'avant faire droit, les parties seront tenues de faire la preuve des faits par elles articulés.]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 70 et s.

735. *Un tribunal peut-il statuer sur le fond par le même jugement qui rejette un déclinatoire !*

Nous devons rappeler, avant tout, que l'art. 172 du Code de procédure est textuellement conforme à l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance de 1667.

Or, sur cet article de l'ordonnance, tous les commentateurs attestaient que le déclinatoire et le fond devaient être jugés séparément, parce qu'autrement on eût joint le déclinatoire au fond; ce que l'ordonnance défendait expressément.—(*V.* RODIER et SERPILLON, sur l'article précité, 1re *Quest.*)

Nous croyons que l'on devrait encore procéder ainsi, puisque l'art. 172 défend de joindre au principal la demande en renvoi. En effet, prononcer sur un déclinatoire et sur le fond par un seul et même jugement, c'est évidemment joindre l'un et l'autre.

Nous trouvons, d'ailleurs, dans la disposition de l'art. 425, une raison qui nous paraît être de la plus grande force en faveur de cette opinion ; c'est qu'il résulte évidemment de ce que cet article dispose que les tribunaux de commerce pourront statuer, en même temps, sur le déclinatoire et sur le fond, mais par deux dispositions distinctes, que le législateur a véritablement entendu exprimer, dans l'art. 172, que les tribunaux ordinaires ne pourront prononcer sur l'un et l'autre que par jugement séparé.

En effet, l'art. 425 présente en cela une exception à la règle générale que nous faisons sortir des expressions de l'art. 172; car quel motif aurait eu le législateur pour assujettir les tribunaux de commerce à prononcer par un seul jugement, sauf à statuer par deux dispositions distinctes, lorsque les tribunaux ordinaires auraient été autorisés à prononcer sur l'exception et sur le fond par un seul et même jugement?

Au moins le législateur eût-il imposé la même obligation aux tribunaux ordinaires.

Pourquoi, lorsque l'art. 425 exige deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond, par le motif que l'appel de la première de ces dispositions est toujours ouvert aux parties, un tribunal ordinaire prononcerait-il, par un seul et même jugement, sur la demande en renvoi et sur le fond?

L art. 454 autorise, comme l'art. 425, l'appel de toute décision rendue sur la compétence. N'est-ce pas ici le cas d'appliquer l'axiome *eadem ratio, idem jus?*

Ce que nous disons trouve, au reste, un appui dans l'explication que le tribun Perrin donne de l'art. 425 (*V.* édit. de F. Didot, p. 124) : « *Si*, dit-il, « *le Code autorise les tribunaux de commerce à prononcer par un seul jugement*, « il leur impose l'obligation de deux dispositions distinctes, l'une sur la com- « pétence et l'autre sur le fond; et, dans tous les cas, il autorise l'appel de la « première. Cette sage disposition préviendra tous les abus, puisque, dans « tous les cas, *l'appel d'incompétence est autorisé.* »

Il est clair que ce passage suppose une exception faite par l'art. 425 à la règle générale, que nous croyons exprimée en l'art. 172, et qui doit être observée par les tribunaux ordinaires; exception fondée sur la célérité qu'exige l'expédition des affaires commerciales, et que le législateur a tracée de manière à s'accommoder autant que possible avec la règle générale, en ce qu'il exige par l'art. 425, deux dispositions distinctes, tandis que l'art. 172 prescrit, suivant nous, deux jugements, par cela même qu'il défend la jonction de la demande en renvoi au principal.

Et qu'on ne dise pas que cette prohibition serait sans objet. Elle nous paraît, au contraire, fondée en raison, 1° parce que, si le déclinatoire est accueilli, toute discussion devant le même tribunal devient inutile (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 141); or, il ne doit se faire rien d'inutile en jugement,

2° Parce que le déclinatoire, comme nous l'avons dit, est toujours sujet à l'appel, d'après l'art. 454, quand même le fond devrait être jugé en dernier ressort. Or, il importe d'éviter toute confusion et de rendre, sur le déclinatoire, lors même qu'il est écarté, un jugement distinct et séparé (1). [[*V.* nos observations sur la note.]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 73 et s.

---

(1) Quoi qu'il en soit, on peut opposer contre notre opinion les expressions générales d'un arrêt de la Cour de cassation, rendu par la section des requêtes, le 5 juill. 1809 (*V. S.*, t. 9, p. 409; *J. Av.*, t. 9, p. 80, et *J. P.*, 3e édit. t. 7, p. 663); mais dans une espèce où c'était une Cour d'appel et non un tribunal de première instance qui avait statué par un seul jugement.

On lit dans le second considérant de cet arrêt, « qu'on ne trouve, dans les art. 168, « 169 et 172 du Code de procédure, au- « cune disposition qui défende aux tribu- « naux de statuer *sur le fond* par le même « jugement qui a *préalablement* rejeté une « exception tendant au renvoi de la cause « *devant un autre tribunal.* »

On a vu que nous avons trouvé cette défense comprise dans celle de joindre la demande en renvoi au principal. C'est au lecteur à peser les raisons par lesquelles nous avons tâché de justifier cette opinion, qui n'eût pas trouvé de contradicteurs sous l'empire de l'ordonnance, et qui sera justifiée de plus en plus par plusieurs observations que nous ferons sur les questions suivantes.

Il nous reste à faire observer que si, d'après l'arrêt précité, cet article ne doit pas être entendu dans le sens que nous lui donnons, la défense qu'il contient de joindre la demande en renvoi au principal ne signifierait plus autre chose, si ce n'est que le juge, lorsqu'une pareille demande est formée isolément, et sans que le défendeur discute le fond, ne peut ordonner d'y plaider en réservant de statuer en même temps sur le déclinatoire.

A l'appui de cette opinion, dont nous avons cru devoir présenter les motifs avec toute l'étendue qu'exigeait une question extrêmement controversée, on peut ajouter,

1° Arrêt de la Cour de cassation, du 12 germ. an 9 (*S.*, t. 1, 2e p., p. 304; *J. Av.*, t. 18, p 865; *J. P.* 3e édit., t. 2, p. 147);

2° Arrêt de la Cour de Toulouse, du 7 juill. 1809 (*Jurispr. des Cours souv.*, t. 3, p. 166). Cet arrêt consacre notre opinion de la manière la plus formelle et la mieux motivée.

[M. BONCENNE, t. 3, p. 258 et suiv., combat aussi l'arrêt du 5 juill. 1809; il fait observer qu'il importe peu que, dans l'espèce, ce fût une Cour d'appel et non un tribunal de première instance qui avait statué par

736. *Si l'on admet qu'il ne soit pas rigoureusement interdit aux tribunaux ordinaires de prononcer par un seul et même jugement sur la demande en renvoi et sur le fond, s'ensuit-il que la partie qui oppose le déclinatoire et qui plaide* SUBSIDIAIREMENT *sur le fond, n'aurait pas couvert son exception?*

Cette supposition que les tribunaux ordinaires pourraient statuer, par un seul et même jugement, sur la demande en renvoi et sur le fond, conduit à

---

un seul jugement : la circonstance qu'une Cour d'appel juge le déclinatoire en dernier ressort, n'est pas suffisante, selon lui, pour l'autoriser à y joindre le fond Un arrêt, comme un jugement, ne peut être exécuté s'il n'a été préalablement signifié à l'avoué, art. 147 : un grand nombre de considérations pleines de justice lui paraissent avoir déterminé cette disposition légale. Ne serait-ce pas, ajoute-t-il, la violer, ainsi que celle de l'art. 450, que de prononcer immédiatement sur le fond, ou seulement d'ordonner de plaider au fond ? N'est-ce pas là en effet une véritable exécution de l'arrêt rendu sur le déclinatoire ? Cette opinion est également enseignée par MM. FAVARD de LANGLADE, t. 2, p. 460 ; MERLIN, t. 3, p. 362; BOITARD, t. 2, p. 41 et 42, et confirmée par divers arrêts. (*Cass.*, 13 germ. an 10; Toulouse, 2 mai 1810 et 27 mai 1828; Metz, 3 déc. 1829; Lyon, 25 mars 1830; *Cass.*, 7 mai 1828, *J. Av.*, t. 14; p. 653; t. 18, p. 909, et 958 ; t. 35, p. 238 ; t. 36, p. 114 et t. 44, p. 212.)

Cependant MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 388; BERR.-S.-PRIX, p. 225, note 35, et HAUTEFEUILLE, p. 122, sont d'un avis contraire. Ils pensent que, si le déclinatoire est rejeté, on peut statuer en même temps, mais par une disposition distincte, sur les autres exceptions, même sur le fond, lorsque le tout est en état.

Il faut pour cela, ajoute M. Pigeau, que, par la disposition qui statue sur le déclinatoire, le tribunal enjoigne au défendeur de plaider au fond, et il ne peut le juger par une seconde disposition, insérée dans le même jugement, qu'autant qu'il s'est défendu ou a été mis en demeure de le faire.

L'opinion de M. Pigeau est celle que depuis long-temps nous avons adoptée sur cette question. Nous pensons que l'art. 172 ne défend pas de statuer, par deux dispositions distinctes du même jugement, sur la demande en renvoi et sur le fond. Il se borne à dire qu'elle ne pourra être réservée ni jointe au principal, c'est-à-dire que le jugement sur la demande en renvoi ne peut être retardé jusqu'après l'instruction sur le fond; mais, si le fond est prêt à recevoir jugement, nous ne voyons pas comment le tribunal violerait l'art. 172 en décidant l'un et l'autre en même temps.

Oppose-t-on l'inutilité de la discussion au fond dans le cas où les juges se déclareraient incompétents ? Mais bien certainement alors elle n'aura pas lieu; il faudra, pour qu'ils enjoignent de passer outre, qu'ils déclarent leur compétence. Une autre objection se tire-t-elle de la faculté d'appeler ? Ce motif ne nous paraît pas assez puissant pour arrêter le jugement; il serait trop facile, pour un plaideur de mauvaise foi, de retarder sa condamnation en jetant en avant un déclinatoire bien ou mal fondé. Néanmoins il est incontestable que l'appel qui serait signifié à la personne même à l'audience, au moment où le tribunal ordonnerait de plaider au fond, devrait empêcher toute plaidoierie, sans qu'on pût opposer l'art. 449, puisque l'exécution serait imminente. Ainsi jugé le 27 flor. an 13, par la Cour de Turin (*J. Av.*, t. 15, p. 64).

Reste le motif plus grave que MM. Boncenne et Boitard tirent des art. 147 et 450 du Code de proc., et qui reçoit un degré de plus d'importance d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1829, que le premier de ces auteurs rapporte et qui se trouve au *J. Av.*, t. 37, p. 6, et dans *Dalloz*, 1829, 1, p. 166. Cet arrêt décide qu'après un premier jugement qui déboute d'une demande en nullité dirigée contre un ordre, et qui ordonne de plaider au fond, le tribunal n'a pu valablement statuer au fond par un second jugement avant que le premier eût été signifié à avoué. Ce qu'elle a décidé pour une nullité, la Cour de cassation, dit M. Boncenne, l'aurait sans aucun doute décidé de même pour une incompétence.

Mais peut-on dire sérieusement que les conditions et les délais mis à l'exécution d'un jugement par les art. 147 et 450 du Code proc., concernent d'autres personnes que les parties elles-mêmes qui, après l'avoir obtenu, voudraient se livrer à une exé-

décider qu'une partie qui, après la plaidoirie du demandeur sur le fond, opposerait un déclinatoire et se défendrait ensuite au principal *subsidiairement*, ne couvrirait pas son exception.

Cependant la Cour d'appel de Bruxelles, par arrêt du 23 mai 1807, a formellement décidé le contraire. (V. *Jurisp. sur la procéd.*, t. 1, p. 336, et p. 151 ; *J. Av.*, t. 15, p. 202.)

Tous les motifs de cet arrêt se réduisent au raisonnement suivant :

La demande en renvoi, qui n'est pas fondée sur l'incompétence à raison de la matière, doit précéder toutes autres exceptions ou défenses ; cette demande ne peut être réservée ni jointe au principal : ainsi, la partie intéressée à opposer une exception d'incompétence qui ne se rapporte pas à la matière, peut y renoncer ; et, dans le fait, elle y renonce en concluant tout à la fois sur l'exception et sur le fond, puisqu'elle discute, devant le juge qu'elle prétend incompétent, le mérite de la question au principal, sans attendre qu'il ait *préalablement* statué sur sa compétence.

On sent que ces motifs reposent sur la reconnaissance de la règle générale dont nous avons parlé, en traitant de la précédente question, savoir, que les tribunaux doivent statuer par deux jugements séparés, en sorte que le déclinatoire et le fond constitueraient véritablement deux causes distinctes.

En effet, par quel motif déclarerait-on le déclinatoire couvert par la plaidoirie faite subsidiairement au fond, si les deux objets sur lesquels les parties sont en contestation ne devaient pas être séparés ?

Nous adoptons l'opinion consacrée par la Cour de Bruxelles, quelque rigoureuse qu'elle soit (1). Voy. Q. 1519 *bis*.

[[Cet arrêt, comme M. Carré l'a senti lui-même, ne fait rien à la question, puisqu'il part d'un point de vue directement opposé. La question suppose que les tribunaux peuvent prononcer par un seul et même jugement. L'arrêt suppose le contraire. Dans l'hypothèse adoptée par la Cour de Bruxelles, nous croyons sa décision parfaitement juste, nous la déclarerions inadmissible dans l'hypothèse de M. Carré.

En effet si, malgré l'opinion par nous exprimée sur la question précédente, on se range à l'avis de ceux qui veulent absolument deux jugements séparés, il faudra bien admettre qu'en développant, dans la même plaidoirie, les moyens du fond conjointement à ceux d'incompetence, ou même subsidiairement à ceux-ci, le défendeur est censé avoir renoncé à ces derniers : puisqu'il savait que le fond ne devait être abordé qu'après le jugement sur l'exception, en l'abordant il a fait un acte qui le rend irrecevable à demander ce jugement.

---

cution précipitée et dommageable pour l'adversaire ? Lorsque c'est l'autorité qui a rendu le jugement, qui en ordonne l'exécution immédiate, et qui l'ordonne dans le but d'accélérer le cours régulier de la justice, il n'est pas permis de prétendre qu'elle viole des dispositions que le législateur n'a point insérées pour elle, mais seulement pour prévenir les pernicieux effets de l'imprudente précipitation des parties ?

Voyez, à l'appui de notre opinion deux arrêts de la Cour de Bruxelles des 22 sept 1831 et 20 janv. 1835 (*Journ. des arrêts* de cette Cour, 1831, 2e partie, p. 110, et 1835, 1re p., p. 243), et surtout un arrêt très bien motivé de notre Cour de cassation du 18 févr. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 232).]

(1) Mais on sentira, si l'on donne la préférence à l'opinion contraire, à raison des conséquences que fournit l'arrêt de la Cour de cassation cité sur la précédente question, que la prudence exige au moins que le défendeur qui entend former une demande en renvoi, offre de la plaider avant que son adversaire ne soit entendu dans l'exposé des moyens de sa demande, alors il n'aura point à craindre de voir déclarer son exception couverte.

[C'est ce qui a toujours lieu dans la pratique.]

C'est en se plaçant au même point de vue que M. FAVARD DE LANGLADE se décide ainsi, t. 2, p. 460.

Mais si, au contraire, le tribunal peut statuer par deux dispositions du même jugement, il nous semble que la défense subsidiaire au fond ne peut entraîner de déchéance à l'égard de l'exception; car elle n'intervertit point l'ordre de la justice, elle a l'avantage de l'éclairer mieux par une exposition complète et simultanée de tous les moyens de la cause, et bien souvent d'épargner ses moments.

Cette question se change en une question d'acquiescement, lorsqu'on demande si, après le jugement qui rejette le déclinatoire et qui ordonne de plaider au fond, le défendeur qui subit cette loi et présente sa défense renonce ainsi à appeler de la décision. Nous pensons que, s'il présente sa défense sans faire aucune réserve, ou même en ne faisant que des réserves générales, l'exécution qu'il donne au jugement sur le déclinatoire peut être regardée comme un acquiescement. Mais s'il fait des réserves expresses, ne conservera-t-il pas le droit d'appeler? peut-on lui faire grief de ce qu'il a obéi à l'injonction du tribunal? fallait-il qu'il consentît à subir un jugement par défaut dont les conséquences pouvaient être éventuellement fort nuisibles pour lui? Il nous semble qu'il ne mérite aucun reproche du moment que des réserves ont fait connaître ses intentions.

Sur la question ainsi posée on trouve une foule de décisions. Dans le sens de la distinction que nous venons d'établir on peut voir: Lyon, 3 avr. 1819, 20 juin 1825; Amiens, 8 mai 1821; Poitiers, 20 mai 1829; Bruxelles, 7 déc. 1807 (*J. Av.*, t. 1, p. 133; t. 23, p. 165; t. 29, p. 304; t. 37, p. 188); Besançon, 9 mars 1827 et 30 déc. 1819 (*J.Av.*, t.18, p.937), et pour la déchéance d'une manière absolue, Paris, 17 mai 1813, et Metz, 4 août 1821 (*J.Av.*, t. 1, p. 182, et t. 18, p. 938); ass., 14 août 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 522).]] **Supp. alph.**, V° *Exception*. n. 78.

737. *Lorsque le demandeur a plaidé au fond, et que le défendeur s'est borné à opposer son déclinatoire, le tribunal* (en supposant qu'il puisse statuer, par un même jugement, sur l'exception et sur le fond) *ne doit-il pas du moins ne statuer au principal qu'après avoir préalablement rejeté le déclinatoire, et* ORDONNÉ AU DÉFENDEUR DE PLAIDER AU FOND ?

On ne saurait contester que le défendeur ne peut être obligé de plaider au fond devant un tribunal dont il dénie la compétence.

Par une conséquence nécessaire, toutes les fois que le défendeur s'est borné à opposer le déclinatoire, le tribunal, encore bien que l'on admette qu'il puisse prononcer sur l'exception et sur le fond par un seul et même jugement, ne peut, sur la plaidoirie du demandeur, statuer sur cette dernière partie, sans priver le défendeur du premier degré de juridiction, si l'affaire est susceptible d'être jugée en premier ressort, ou sans violer le principe que nul ne peut être condamné sans avoir été entendu, s'il n'a pas été constitué en demeure de fournir sa défense.

On objectera sans doute que c'est au défendeur à s'imputer la faute d'avoir opposé un déclinatoire sans fondement, au lieu de défendre au fond, et qu'il a été suffisamment constitué, par l'exploit d'ajournement, en demeure de produire cette défense.

Nous répondons que, si l'on reconnaît, et l'on ne peut s'y refuser, que le déclinatoire peut être opposé séparément de la défense au fond, on ne peut imputer à faute au défendeur de n'avoir pas fait valoir cette défense; que, conséquemment, si l'on prononçait sur le fond sans entendre le défendeur dans ses moyens, ou du moins sans le constituer en demeure de les plaider, l'on

suppléerait une déchéance que non-seulement la loi n'a pas prononcée, mais qui répugne à son esprit et au texte des art. 169 et 172.

Ainsi le tribunal, après avoir entendu le demandeur dans les moyens justificatifs de son action, et le défendeur dans les moyens sur lesquels il fondait son exception, doit nécessairement lui ordonner de plaider au fond.

Alors il arrivera de deux choses l'une : ou que le défendeur plaidera au fond, ou qu'il refusera de le faire, parce qu'il persistera à considérer le tribunal comme incompétent.

Dans le premier cas, le jugement devra contenir la preuve de l'ordre qui aura été donné de plaider au fond; autrement, il sera nul comme contraire, soit au principe des deux degrés de juridiction, soit à celui que nul ne peut être condamné sans avoir été entendu, etc.

Dans le second cas, les dispositions du jugement, quant au fond, seront rendues par défaut faute de plaider.

Ainsi, l'on voit qu'en ce dernier cas l'on en viendra, par la seule force des choses, et même en admettant qu'un tribunal civil puisse comprendre, dans un même jugement, la décision rendue sur un déclinatoire et la décision rendue sur le fond, à une séparation nécessaire de ces deux chefs de contestation (1). [[*V.* arrêt de la Cour de cassation du 12 niv. an 9, rendu sous l'empire de l'ordonnance, et rapporté au *J. Av.*, t. 18, p. 855, et notre opinion exprimée à la note de la *Q.* 735.]]

738. *Si, au lieu d'admettre qu'un tribunal ordinaire puisse prononcer par un seul et même jugement sur le déclinatoire et sur le fond, l'on reconnaît, au contraire, qu'il doit statuer sur l'un et sur l'autre par jugement séparé, pourrait-il prononcer le jugement sur le fond à la même audience où il serait statué sur le déclinatoire ?*

Il faut encore rappeler, à l'occasion de cette question, que l'art. 3 du tit. 6, de l'ordonnance de 1667 avait une disposition, à peu de chose près, semblable à celle de l'art. 172.

Or, voici comment Rodier s'exprimait sur cet article, en examinant la question ci-dessus :

« Les Cours souveraines, disait-il (première question), peuvent juger en la même audience, les fins de non-procéder (c'est-à-dire les demandes en renvoi) et le fond de la cause. *Elles le font ordinairement par deux arrêts séparés, pour ne pas cumuler l'un avec l'autre.* Il n'en est pas de même des juges inférieurs : ceux-ci, s'ils déboutent des fins de non-procéder, doivent renvoyer au premier jour pour plaider le fond.

---

(1) C'est encore là une raison de plus en faveur de la solution que nous avons donnée sur la *Quest.* 735.

Nous demanderons, en effet, s'il n'est pas bizarre qu'un jugement soit tout à la fois contradictoire dans une de ses parties, et rendu par défaut dans l'autre ? Cela existe pour les tribunaux de commerce. D'accord, la loi l'a voulu ; mais puisqu'elle ne dit pas qu'il en sera de la sorte pour les tribunaux ordinaires, il faut convenir qu'elle exige deux jugements séparés.

[Un jugement contradictoire sur un point, rendu par défaut sur l'autre, n'est pas plus bizarre qu'un jugement qui rejette une partie des conclusions et adopte l'autre, et dont les deux plaideurs se font respectivement la signification, pour faire courir les délais d'appel. Du reste, c'est à bien dire deux jugements en un seul : car un jugement prononcé est acquis aux parties, et, pour procéder régulièrement, nous l'avons dit *suprà*, *Q.* 735, avant de juger le fond, il faut que le tribunal ordonne de plaider au fond.]

« Cette différence est fondée sur ce que, dans les juridictions inférieures, il faut donner le temps à la partie d'appeler, si bon lui semble, du jugement qui l'a déboutée des fins de non-procéder, et qu'il ne serait pas séant d'obliger les parties à déclarer cet appel à la face du juge (1), au lieu qu'on n'a pas besoin de ce délai dans les Cours souveraines, parce qu'on ne peut appeler. »

Même opinion de la part de Serpillon, sur le même article de l'ordonnance (2).

Il serait difficile de croire que des règles attestées par ces auteurs ne dussent pas être suivies sous l'empire du Code de procédure, qui, d'un côté, ne contient aucune disposition qui en écarte l'application, et qui répète, de l'autre, la même disposition de l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance, en même temps qu'il permet l'appel de tout jugement rendu sur la compétence.

Mais il y a plus, quant à la question présente : c'est que l'art. 450 veut que l'exécution des jugements définitifs sujets à l'appel, et, sans contredit, les jugements sur la compétence sont de cette espèce, soit suspendue pendant la huitaine, à dater du jour du jugement. Or, c'est évidemment exécuter le jugement que de prononcer sur le fond, puisque le juge n'acquiert le droit de prononcer à ce sujet, qu'en vertu du jugement par lequel il a rejeté le déclinatoire.

Ainsi, dit M. Demiau-Crouzilhac, pag. 140, le jugement, quel qu'il soit, qui est rendu sur une demande en renvoi étant toujours sujet à l'appel, il n'est pas permis au tribunal décliné de passer outre au jugement du fond, avant qu'il se soit écoulé huitaine depuis le jugement par lequel il a retenu la cause (3).

Nous partageons cette opinion, que nous trouvons d'ailleurs consacrée par un arrêt de la Cour d'appel de Colmar, du 26 mars 1808. (V. *Jurisp. sur la procéd.*, t. 2, p. 441.) On lit dans les considérants de cet arrêt, que le jugement dont était appel était nul, en ce que les premiers juges n'avaient pu s'occuper le même jour et de l'exception et du fond, puisque le jugement sur les exceptions était appelable, et que la faculté de l'appel ne pouvait être exercée qu'après la huitaine.

On sent combien cette décision est inconciliable avec l'arrêt de la Cour de cassation; et, si on la juge aussi fondée que nous le pensons, on ne balancera

---

(1) Voilà précisément une inconvenance qui résulterait de ce que l'on prononcerait, par un seul et même jugement, sur le déclinatoire et sur le fond : on ordonne alors de plaider au fond ; si le défendeur s'y refuse, il annonce par là, et en face du juge, qu'il entend appeler de sa décision.

(2) « *On ne peut*, dit-il, *juger un décli-* « *natoire et le fond du procès par un même* « *jugement*, SIMUL et SEMEL, *excepté dans* « *les juridictions consulaires :* il faut que « les juges prononcent préalablement sur « leur compétence ; ils doivent renvoyer à « l'audience suivante pour prononcer sur « le fond, et pour donner aux parties le « temps d'appeler ou d'acquiescer sur le ju- « gement du déclinatoire ; en un mot, un « juge appelable ne peut cumuler le décli- « natoire et le fond, à la différence des Cours, « qui peuvent juger, en même temps et à la « même audience, les fins de non-procéder « et le fond de la contestation. »

(3) « En effet, ajoute cet auteur, le dé- « fendeur est inhibé de relever appel avant « cette huitaine; la huitaine expirée, le « fond peut être jugé, nonobstant le délai « de trois mois accordé par la loi pour « relever cet appel, parce que ce délai est « étranger à l'exécution, et n'est nullement « suspensif. C'est à la partie à relever cet « appel, pour arrêter les poursuites : il en « est de ce jugement comme de celui qui, « quoique rendu en premier ressort, n'en « est pas moins ramené à exécution après « la huitaine de la prononciation, jusqu'à « ce que la partie condamnée relève son « appel. »

pas à adopter l'opinion que nous avons émise sur la 735e *quest.*, et l'on entendra conséquemment l'art. 172 ainsi que l'on entendait l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance.

Alors il deviendra inutile de s'arrêter aux 736e et 737e *quest.*, que nous n'avons traitées que dans l'hypothèse où nos lecteurs ne partageraient pas notre opinion, contraire à l'arrêt que nous avons rapporté à la note sous la *question* 735.

[[Voir nos observations à la note sur la *question* 735.]]

739. *Lorsqu'un tribunal, en se déclarant compétent, a,* PAR LE MÊME JUGEMENT, *prononcé sur le fond de la contestation, que le défendeur appelle de ce jugement, et qu'au fond l'objet de la contestation n'est pas sujet à l'appel, la Cour, en confirmant le jugement sous le rapport de la compétence, peut-elle l'annuler dans la forme, en ce qui concerne le fond?*

Non. La question de savoir si le tribunal a dû séparer et renvoyer après la huitaine la connaissance du fond, regarde uniquement la forme.

Or, dès que la Cour reconnaît le bien jugé sous le rapport de la compétence, et que le jugement n'est pas sujet à l'appel, quant au fond, elle ne peut, sous ce rapport, connaître des formes plus que du fond même.

Ainsi, bien ou mal jugé, le seul juge compétent pour le fond est aussi compétent pour la forme : son jugement ne peut donc être attaqué que par la voie de la cassation (1).

[[Nous traiterons cette question sous l'art. 473.]] Voy. Q. 1635 *ter*.

§ III. — *Des nullités* (2).

ART. 173. Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.

T., 75 [Comm. du Tarif, t. 1, p. 238, nos 20 à 27.] — Ordonn., tit. 5, art. 3 — V. *suprà* sur les art. 75, 161, 153, et *infrà*, sur les art. 174 et 1030.—[V. au mot *Exceptions* notre Dictionnaire général de proc. et les tables de MM. Devilleneuve et Arm. Dalloz.—Locré, t. 21, p. 434.—QUESTIONS TRAITÉES. A quelle période de l'instance les nullités de procédure doivent-elles être proposées? *Q.* 739 *bis. Corollaires ou subdivisions de cette question.* —A quels actes de procédure s'applique l'art. 173? p. 206. § 1er. Une assimilation peut-elle être faite entre les nullités d'exploits et les nullités de titres, de convention d'obligations? p. 207, § 2. Que doit-on décider pour les nullités de jugements et ordonnances du juge? p. 208, § 3. L'art. 173 est-il applicable aux fins de non-recevoir tirées de la déchéance de l'expiration des délais impartis pour intenter une action, des délais d'opposition et d'appel, de l'acquiescement? p. 208, § 4. Peut-on proposer en tout état de cause la fin de non-recevoir tirée d'un défaut de qualité? p. 213, § 5. *Quid* Lorsqu'il s'agit de nullités qui s'attaquent au mode d'introduire l'action? p. 214. § 6. Lorsqu'une nullité d'un acte de procédure repose sur un vice qui doit faire supposer que l'assigné n'a pas reçu sa copie, sa présence (l'exploit en main) couvre-t-elle cette nullité? p. 215, § 7. La constitution d'avoué couvre-t-elle les exceptions de nullité? p. 217, § 8. La nullité d'un acte d'appel résultant d'un défaut de constitution valable d'avoué, est-elle couverte par la signification d'une constitution faite par l'avoué de l'intimé au véritable avoué de l'appelant? p. 218 § 9 et *Q.* 744. Un jugement de défaut-joint couvre-t-il les nullités? p. 218, § 10. Quel est l'effet d'une demande en communication de pièces?

---

(1) C'est d'après ce raisonnement qu'a été rendu un arrêt de la Cour d'appel de Trèves, du 14 mars 1808, qui, après avoir prononcé que les premiers juges étaient compétents, et considéré qu'au fond l'objet n'était pas sujet à l'appel, a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à entrer dans l'examen de la question de savoir si le jugement était nul en ce qui concernait le fond, attendu qu'il avait été rendu avant la huitaine. (*J. P.*, 3e édi., t. 6, p. 558.)

(2) *V.* sur ce paragraphe, le *Traité des nullités* de M. Perrin, notamment p. 118 et 125.

p. 218, § 11. Quel est l'effet des réserves dans les actes de procédure? p. 219, § 12. Qu'entend-on par ces expressions de l'art. 173 : *toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence?* p. 220, § 13. *Subdivision de ce* §. Y a-t-il fin de non-recevoir 1° lorsque des conclusions sur le fond n'ont été prises que dans des écritures non signifiées? p. 221; 2° Lorsqu'une nullité n'est proposée qu'après le rejet d'une première nullité? p. 222; 3° Lorsqu'on conclut à toutes fins, ou qu'on ne reproduit pas dans le dispositif la nullité invoquée dans les motifs? p. 223; 4° Lorsqu'il y a eu anticipation sur un appel? p. 223; 5° Lorsque l'intimé qui, en première instance, avait obtenu gain de cause sur le fond, sans que le tribunal s'occupât de la nullité proposée, conclut sur l'appel d'abord à la confirmation pure et simple, puis à la nullité? p. 223; 6° Lorsqu'avant de demander la nullité de l'acte d'appel, l'appelant a conclu à ce que l'appel fût déclaré non recevable? p. 225; 7° Lorsque la partie avait fait défaut en première instance, et que le moyen de nullité est proposé pour la première fois en appel? p. 225; 8° Lorsqu'on a assigné un garant, des coassociés, ou des cohéritiers? p. 227; 9° Quels sont les actes qui peuvent couvrir les vices d'une signification de jugement? p. 228. Sect. 2. Dans quel ordre les exceptions doivent-elles être proposées? p 229 et *Q.* 742 et 743.—Quelles sont en général les précautions que l'on doit prendre pour éviter de couvrir les nullités d'exploits ou d'actes de procédure? *Q.* 740. — Un avocat qui plaiderait au fond, au lieu de plaider dans la forme sur une nullité proposée par requête, rendrait-il sa partie non recevable à se prévaloir de cette nullité? *Q.* 741.—Lorsqu'une exception péremptoire en la forme est soumise à un tribunal, doit-il prononcer à son sujet par une décision préalable à celle à rendre sur le fond? *Q.* 745.—Comment s'applique la disposition de l'art. 173, aux nullités d'actes de procédure autres que celles des exploits d'ajournement? *Q.* 746.—Le juge peut-il prononcer d'office les nullités d'exploits ou d'actes de procédure? *Q.* 747. — Mais si l'on suppose que les parties intéressées à opposer une nullité ne comparaissent pas, et qu'il y ait lieu conséquemment à rendre jugement par défaut, le juge ne devra-t-il pas suppléer la nullité? *Q.* 748. — Mais du moins le tribunal pourrait-il, sans annuler précisément l'exploit, se refuser à donner défaut, et ordonner un réassigné, par le motif que la partie n'ayant pas été citée à son domicile, elle n'aurait pas eu le temps de comparaître? *Q.* 749.—Une partie peut-elle d'elle-même, et sans qu'il intervienne jugement, remédier aux nullités d'un exploit ou à celles d'un acte de procédure? *Q.* 750.—Quelles sont les règles à suivre relativement *aux exceptions péremptoires du fond*, ou en d'autres termes, aux fins de non-recevoir? *Q.* 751.— Une nullité qui tient à la substance d'un acte, se couvre-t-elle par la comparution et la procédure volontaire de la partie intéressée à le faire valoir? *Q.* 753.—Les nullités ou exceptions d'incompétence peuvent-elles être proposées par une partie autre que celle à laquelle la signification a été faite, s'il est de son intérêt de faire déclarer la signification nulle, ou de décliner la juridiction qui a été saisie? *Q.* 753 *bis.*]

V. *infrà*, p. 233, Q. 1745 *bis.*

CXXXI. On doit ranger dans la classe des nullités que nous avons appelées *relatives* (*V.* notre *Introd.*, 2e part., tit. 3), les nullités d'exploit et d'actes de procédure. Elles n'ont en effet été introduites que pour l'intérêt particulier des plaideurs, et c'est pour cela qu'elles se couvrent par le silence de celui qui, en conformité de l'article ci-dessus, ne les propose pas avant toute défense ou exception, autres que les exceptions d'*incompétence* (1).

[Ce n'est pas l'art. 173 seul qu'il faut consulter en matière de *saisie immobilière*, mais bien les articles du titre spécial à cette matière, pour savoir quand les nullités peuvent être proposées, ou quand elles sont couvertes, s'il existe des différences entre les nullités de forme et celles tenant au fond.

Nous examinerons ces questions sous le titre 12 du liv. 5; nous nous contenterons de renvoyer ici à notre Dictionnaire général de procédure, v° *Saisie immobilière*, ch. 14, art. 8, nos 968 *bis* à 1156.]

---

(1) D'après l'ordonnance de 1667, tit. 5, art. 5, les nullités d'exploit devaient être proposées dans les défenses, pour y être préalablement fait droit, et en conséquence, les tribunaux étaient dans l'usage de juger séparément les moyens de nullité avant les moyens de fond. Mais cette disposition de l'ordonnance, toute sage qu'elle était d'ailleurs, portait en elle-même le germe d'un abus, en ce qu'elle autorisait la confusion, dans les écrits de défenses, des moyens du fond avec les nullités; ce qui constituait les parties en des frais inutiles, lorsque les nullités étaient accueillies. Notre Code a été plus conséquent, en réglant que toute nullité sera couverte, si elle n'est proposée *avant toute défense* ou autre exception. Il interdit par là de signifier les moyens de nullité dans l'écrit que l'on appelle *défense* d'où il suit qu'on peut les proposer verbalement à la première audience, et que, s'ils sont accueillis, il n'y a pas d'autre instruction à faire, et que ce n'est qu'autant qu'ils sont écartés, qu'il y a lieu à signifier les défenses; dans le cas contraire, l'écrit serait rejeté de la taxe comme acte frustratoire.

[[739 bis. *A quelle period. de l'instance, les nullités de procédure doivent-elles être proposées ?* (1)

Au titre des *Exceptions* le § 3, intitulé *des nullités*, se compose d'un seul article ainsi conçu :

« Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense, ou exception autre que les exceptions d'incompétence. »

Et l'on trouve, à la fin du Code de procédure, trois articles spécialement destinés à parler des nullités. (Art. 1029, 1030 et 1031.)

D'où nous concluons que le paragraphe 3 ne devait pas être intitulé des nullités, mais bien, *à quelle période de l'instance les nullités de procédure doivent être proposées.*

L'art. 173, dont les motifs sont faciles à pénétrer et qui paraît d'une application simple, a cependant donné lieu à d'assez sérieuses difficultés. **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 14 et s., 143 et s.

§ 1er Nous n'examinerons point *en quoi consistent les nullités substantielles et les nullités qui ne sont point substantielles.* Cette importante division des nullités ne concerne que la procédure en général et ne peut avoir aucune influence sur l'application de l'art. 173 (2). Si la nullité proposée se rattache à un exploit ou à un acte de procédure, cette nullité, substantielle ou non, est couverte lorsqu'elle n'est point proposée avant toute défense ou exception.

Telle est aussi l'opinion de M. Carré (*Question* 753); il concilie parfaitement, avec cette doctrine, un arrêt de la Cour de cassation, du 24 déc. 1811, qui semble contraire, au premier examen.

Le même auteur (*quest.* 746) et M. BOITARD, t. 2, p. 50, donnent pour exemples des actes de procédure autres que les exploits introductifs, les procédures d'enquête; nous acceptons complétement leur explication. C'est aussi ce qui a été décidé en thèse générale par un arrêt de la Cour de Besançon, du 30 mai 1828. (*S.* t. 23. part. 2e p. 275.)

Le 22 décembre 1813, la Cour d'Orléans avait jugé avec raison que les actes d'appel devaient être considérés comme des actes de procédure. (*J. Av.*, t. 12, p. 495.)

L'article 173 comprend tous les exploits judiciaires ou extrajudiciaires, d'où il résulte que la Cour de Rennes a jugé à tort, le 28 avril 1813 (*J. Av.*, t. 19, p. 173), que la nullité d'une consignation n'est pas couverte par une procédure ultérieure; notre opinion a pour appui un arrêt de la Cour de cassation du 5 déc. 1826. (*J. Av.*, t. 32, p. 287.)

Nous pensons néanmoins avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 327, que dans le cas où un acte irrégulier, nul en lui-même, ne peut plus être attaqué, il est du devoir du juge de tenir compte des circonstances, notamment en matière d'enquête, lorsqu'il rend sa décision sur le fond.

La disposition de l'art. 173 a été étendue à la procédure de cassation, par un arrêt du 21 juin 1815. (*J. Av.*, t. 12, p. 501.) La Cour suprême puise souvent ses motifs de décider, pour sa procédure particulière, dans les dispositions du Code de procédure. **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 143 et s.

---

(1) [Notre *Quest.* n'est que la reproduction sous une autre forme de la *Quest.* 740 de M. Carré; si nous avions suivi notre plan ordinaire de travail, nos observations eussent perdu tout leur intérêt. Pour que notre doctrine fût comprise il fallait les grouper et n'en faire qu'un tout homogène. En procédant ainsi, nous serons moins long et plus clair.]

(2) [Cet examen est naturellement réservé au commentaire de l'art. 1030.]

§ 2. La controverse n'est plus permise sur *l'assimilation que quelques praticiens avaient essayé d'introduire des nullités d'exploits ou d'actes de procédure aux nullités de titres, de conventions, d'obligations* (1).

Telle est aussi l'opinion de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 326, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 468, BOITARD, t. 2, p. 53 et BONCENNE, t. 3, p. 266; « Il « est d'autres espèces de nullités, dit ce dernier auteur, qui, sans effleurer la « forme des actes, s'attaquent au fond des choses, au titre générateur de « l'action, à la qualité, à la capacité, à l'intérêt de la personne qui l'exerce.

« Mais ces nullités ne sont plus seulement des fins de *non-procéder*, des barres « mises en travers, *quasi cancelli qui circumscribunt*, elles sont des fins de non- « recevoir, de véritables défenses, *arietes qui infringunt*, qui battent et détruisent « à la fois et sans retour l'instance et l'action; elles peuvent être proposées en « tout état de cause. »

Le 4 avr. 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 473), la Cour de cassation a posé le principe, en décidant que l'art. 173 est inapplicable au cas où on veut prouver le défaut d'intérêt et dans lequel il ne s'agit de nullité d'aucun acte de procédure.

Application du même principe a été faite par la même Cour, le 1er mai 1815, en matière d'inscription hypothécaire. (*J. Av.*, t. 12, p. 500.)

La Cour de Lyon a été plus loin, car elle a décidé, le 9 juill. 1830, que l'exception de paiement pouvait être opposée, encore que le jugement qui condamnait à payer fût passé en force de chose jugée. (*J. Av.*, t. 44, p. 192.)

Enfin il a fallu deux arrêts pour consacrer ce principe élémentaire, que la partie qui reconnaît un point de droit comme vrai, peut néanmoins le contester jusqu'à la décision définitive, et n'acquiesce pas d'avance à un jugement rendu contrairement à la loi. (Cour supérieure de Belgique, arrêts des 29 nov. 1822 et 29 mars 1826. (*Journ. des arrêts* de cette Cour, t. 2 de 1822, p. 15, et t. 1 de 1826, p. 293.)

Le 10 avr. 1807, la Cour de cassation a assimilé la nullité des procès-verbaux des droits-réunis à une nullité du titre même de l'action, par conséquent péremptoire et proposable en tout état de cause. (*J. Av.*, t. 12, p. 447.)

Mais une difficulté plus sérieuse a été soulevée à l'occasion du bénéfice de discussion qui peut être reclamé par une caution en vertu de l'art. 2022 du Code civil.

La Cour de Paris a jugé, le 21 avr. 1806, que cette exception devait être proposée *in limine litis*. (*J. Av.*, t. 12, p. 442.)

MM. Pailliet, dans son manuel, sous l'art. 2022, et FAVARD DE LANGLADE, v° *Cautionnement*, sect. 1re, § 2, art. 1er, s'élèvent avec raison contre cette jurisprudence.

Il est évident, selon nous, que c'est là une exception péremptoire qui ne tient nullement à la forme d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. Et du reste, comme l'ont fait observer les auteurs que nous venons de citer, la discussion révèle suffisamment le sens que le législateur a voulu attribuer à ces mots : *sur les premières poursuites* Dans la première rédaction du Conseil d'État, l'article portait que *le créancier ne serait obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requerrait*. Cette rédaction parut trop vague au tribunat, qui pensa fort sagement que le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution, et, en adoptant cette pensée, le Conseil d'État ajouta ces mots : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*.

Nous pensons également, avec les Cours de cassation et de Colmar, arrêts

---

(1) *V.* aussi notre *question* 735.

des 24 févr. 1825 et 14 juill. 1836 (*J. Av.*, t. 29, p. 58, et t. 52, p. 29), que la nullité d'une délibération de conseil de famille peut être proposée, en tout état de cause, par celui dont l'interdiction est poursuivie, parce que, comme l'a dit la Cour de cassation, cette nullité constitue une exception péremptoire.

Supp. alph., V° *Exception*, n. 146 et s.

§ 3. *S'il est vrai de dire que les jugements ou ordonnances des juges, doivent être considérés comme des* actes de procédure, *les nullités qui les concernent appartiennent-elles à l'ordre public ou doivent-elles être proposées avant toutes défenses au fond?*

D'abord, il faut poser en principe, parce que c'est un point incontestable établi par une jurisprudence uniforme, que la Cour de cassation accueille les moyens tirés d'un vice de rédaction dans les jugements ou d'une composition illégale du tribunal qui les a rendus. Ainsi la Cour annulle des arrêts non motivés ou rendus par d'autres juges que ceux qui ont assisté aux conclusions, etc.

De là une conséquence irrécusable, c'est que ces nullités sont d'ordre public, peuvent être proposées en tout état de cause, et doivent être suppléées par le juge.

C'est ce qui nous paraît avoir été jugé par la Cour de Bourges, le 16 janvier 1826 (*Journal des arrêts* de cette Cour, 1826, p. 197), par la Cour de Toulouse, le 24 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 13), et par la Cour de Poitiers, le 21 mars 1827. (*J. Av.*, t. 33, p. 366.)

Cependant on peut opposer à cette doctrine plusieurs arrêts qui ont jugé que l'art. 173 était applicable aux nullités de jugement, notamment ceux de la Cour de Rennes, du 10 décembre 1813, de la Cour d'Orléans, du 22 décembre 1813, de la Cour de Bourges, des 31 décembre 1814 et 31 juillet 1829, de la Cour de Rennes, du 20 avril 1820, de la Cour de Toulouse, du 6 août 1827 et de la Cour de Bordeaux, du 20 mai 1829. (*J. Av.*, t. 12, p. 493 et 495, t. 35, p. 310; *Journal des arrêts* de Bourges, 1829, p. 124, *Journal des arrêts* de Bordeaux, 1829, p. 359.)

Tout en persistant dans notre opinion, nous n'allons pas jusqu'à soutenir qu'on puisse proposer devant la Cour de cassation, pour la première fois, la nullité du jugement de première instance dont on n'a pas parlé en appel. Dans ce cas, la procédure régulière suivie en appel et l'arrêt intervenu, nous semblent péremptoirement couvrir toute espèce de nullité du jugement. Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation conforme à la doctrine des auteurs. (*V.* Arrêts des 11 frimaire et 4 nivôse an 9, et 30 novembre 1831. *J. Av.*, t. 12, p. 427 et 428, et t. 43, p. 530.)

Et nous approuvons également un arrêt de la Cour de Poitiers, du 8 juillet 1830, qui a décidé qu'une partie ne pouvait pas demander en appel la nullité d'un jugement qu'elle avait exécuté spontanément. (*S.*, t. 30, 2e part., p. 228.)

§ 4. *Il existe en pratique une autre fin de non-recevoir, tirée de la déchéance, de l'expiration des délais impartis pour intenter une action; des délais d'opposition et d'appel; de l'acquiescement, etc., celle qu'on qualifie de* péremptoire; *l'art.* 173 *devra-t-il lui être appliqué pour déterminer l'époque où elle ne sera plus proposable* (1)?

1° Évidemment non. Les termes de l'art. 173 repoussent l'affirmative : ou il s'agit d'un droit concernant le fond comme un acquiescement direct ou indirect, ou de la prescription du droit lui-même, comme l'expiration du délai

(1) *V.* la *Quest.* 750 de M. Carré.

imparti par la loi, pour agir; dans aucun cas, on ne demandera la nullité d'un exploit ou d'un acte de procédure; on opposera les moyens péremptoires appelés si énergiquement, par M. Boncenne, *arietes qui infringunt.* Cependant, ces moyens ne pourront pas être invoqués en tout état de cause.

Ce n'est plus, il est vrai, l'art. 173 qui régira la matière, mais bien les principes généraux qui permettent d'opposer à un plaideur sa renonciation implicite à un droit ouvert en sa faveur et le texte de l'art. 2224 du Code civil ainsi conçu (1) :

« *La prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la Cou* « *royale, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription,* « *ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé.*

Ces principes, une fois admis, expliqueront les variations apparentes de la jurisprudence dans certaines espèces qui offriraient des contradictions choquantes, si on voulait les rattacher toutes à l'article 173 du Code de procédure. **Supp. alph.** V° *Exception.* n. 14 et s.

2° La difficulté, en Cour de cassation, se réduira à une question de fait, à moins que les jugements ou arrêts attaqués n'aient basé leur décision sur l'art. 173 pour en conclure que la déchéance a été couverte par un acte de défense sur le fond.

Ainsi, le 9 janvier 1827, la Cour de cassation, chambre civile, a rejeté un pourvoi dans lequel était soulevée la question de savoir si la partie qui a défendu au fond sur l'opposition à un jugement par défaut, peut encore opposer la tardiveté de cette opposition en se fondant sur ce que *la Cour royale qui, des conclusions prises devant les premiers juges a induit une renonciation à la déchéance de l'opposition, et qui a décidé, par suite, que l'exception de chose jugée était couverte par les propres actes du demandeur, n'avait d'un côté rendu qu'une décision en point de fait, et d'un autre côté n'avait violé ni pu violer aucune loi.* (*J. Av.*, t. 33, p. 56.)

Le 1er juillet 1834 (*J.Av.*, t. 47, p. 626), la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence en posant en principe qu'il est toujours permis à la partie qui a comparu de renoncer, dans son intérêt particulier, à la déchéance de l'opposition en concluant et plaidant au fond, et en ne soutenant cette fin de non-recevoir qu'en appel.

Le 22 mars 1837, la même Cour a reconnu les mêmes principes en matière de péremption en justice de paix (*J. Av.*, t. 52, p. 355.), quoique le demandeur soutînt que, par ses conclusions en nouvelle expertise, il n'avait pas pu renoncer à la péremption qui lui était acquise, parce qu'elle était d'ordre public et acquise de plein droit (art. 15, C. p. c.); il citait la discussion au Conseil d'État.

Toutefois on peut invoquer dans l'opinion contraire un arrêt de la Cour de Rouen, du 26 novembre 1824. (*J. Av.*, t. 32, p. 474.) **Supp. alph.**, V° *Exception* n. 18

3° *L'exception de la chose jugée* a un caractère spécial qui nécessite une distinction. Dans tous les cas, l'art. 173 est inapplicable : mais, dans certaines positions, une partie peut être censée avoir renoncé au bénéfice de la chose jugée; dans d'autres, au contraire, il faut une renonciation expresse, parce

(1) [M. Carré, *Quest.* 665, a pensé avec raison que les juges ne pouvaient pas d'office suppléer de semblables exceptions. *V.* aussi, *infrà*, ce que nous disons de l'exception de chose jugée, p. 209 et s. La Cour de cassation nous paraît donc avoir sainement jugé en décidant, le 19 avr. 1826, que celui qui exécutait un jugement non exécutoire par provision avant l'expiration de la huitaine, à dater de la prononciation, n'était pas recevable à proposer la nullité d'un appel interjeté avant l'expiration de ce délai. (*J. Av.*, t. 31, p. 316.)]

qu'il résulte en faveur de la partie qui présente cette exception une présomption légale que de simples présomptions contraires implicites ne peuvent pas détruire.

Donnons des exemples : si la chose jugée résulte d'un jugement rendu entre les mêmes parties, sur les mêmes choses (Art. 1351, Cod. civ.), ce moyen péremptoire pourra être opposé au dernier acte de la procédure comme au premier ; jamais il ne pourra l'être en cassation (1) ; il est inexact de prétendre que le respect de la chose jugée dans une espèce particulière tient à l'ordre public, les juges ne pourront donc pas la suppléer d'office, parce qu'il peut être permis à une partie de renoncer au bénéfice d'un jugement qu'elle reconnaît, ou nul en la forme, ou entaché d'illégalité quant au fond.

Dans le cas, au contraire, où la chose jugée n'existerait qu'à cause de l'expiration d'un délai d'opposition ou d'appel, celui au bénéfice de qui elle serait acquise, peut y renoncer ; c'est une prescription ouverte en sa faveur ; ici s'applique l'art. 2224, et comme il s'agit uniquement de la question de savoir si la renonciation au bénéfice du délai est ou n'est pas acquise, les juges auront alors un pouvoir appréciateur, dont ils ne doivent pas abuser ; ils peuvent trouver, dans des défenses sur le fond, reproduisant fidèlement la date de la signification du jugement, la preuve que l'intimé a renoncé à la déchéance de l'appel. Cependant ils doivent avoir constamment en vue ce principe que nul n'est censé légèrement renoncer à un droit ouvert en sa faveur ; autrement, si l'art. 173 n'était pas appliqué dans son texte, ce serait son esprit dont on ferait l'application (2).

Cette distinction, qui nous paraît fort simple, n'est pas admise sans de vives controverses. Voy. Q. 1612 *ter* et 1689 *ter*.

Voici comment M. Carré s'est exprimé sur la *Question* 1595 :

« La Cour de Turin s'est prononcée pour l'affirmative, dans un arrêt du 6 juillet 1808 (*V.* DENEVERS, 1809, *Supp.*, p. 38). Elle donne pour motifs, que la déchéance n'est substantiellement qu'une exception d'incompétence absolue des juges d'appel, non comprise et même spécialement réservée par l'art. 173, Cod. proc. civ. ; que cette exception est conséquemment proposable en tout état de cause, comme fondée sur des principes d'ordre public d'après lesquels il n'appartient aucunement aux parties de proroger, par leur fait, la juridiction au-delà des termes fixés par la loi.

« Nous remarquerons que cet arrêt est absolument conforme à la doctrine professée par M. MERLIN, dans ses *Questions de droit*, au mot *Appel*, § 9. Du moins, ce savant jurisconsulte maintenait (*V.* p. 115 jusqu'à la fin, nouv. édit. de son *Recueil*) que les juges devaient suppléer d'office l'exception péremptoire résultant de ce que le jugement appelé avait acquis l'autorité de la chose jugée, par suite de l'expiration du délai d'appel. Or, à plus forte raison, une semblable exception pourrait-elle être proposée en tout état de cause.

« M. Merlin nous apprend, à la vérité, p. 121, que ses conclusions ne furent pas suivies ; mais il suffit de lire l'arrêt qu'il rapporte immédiatement, sous la date du 21 thermidor an 9, pour se convaincre que la Cour se détermina par-

---

(1) Telle est la jurisprudence constante de la Cour de cassation. (*V.* deux arrêts, l'un du 10 juill. 1827, *J. Av.*, t. 34, p. 57, l'autre du 19 juill. 1837. *J. Av.*, t. 53, p. 629.)

(2) En matière correctionnelle, le 27 sept. 1828, la Cour de cassation a pensé avec raison que la nullité d'un acte d'appel, résultant de ce que dans les dix jours il n'aurait pas été consigné au greffe, peut être proposé pour la première fois dans la seconde Cour ou l'affaire est renvoyée par suite de cassation. (*J. Av.*, t. 36, p. 44.)

ticulièrement par la considération de fait qu'il ne paraissait pas clairement prouvé qu'il y eût lieu dans l'espèce à la fin de non-recevoir dont il s'agit. Au reste, un arrêt postérieur, du 3 brumaire an 10, a confirmé les principes sur lesquels M. Merlin avait basé ses conclusions lors du premier arrêt, et il est à remarquer qu'on y trouve les motifs énoncés dans l'arrêt de la Cour de Turin, ci-dessus rapporté.

« Ainsi, nous ne faisons pas de doute sur l'affirmative de la question que nous avions à résoudre. On sent bien que nous ne saurions mieux faire que de renvoyer, pour le développement des raisons de décider ainsi, au réquisitoire de M. Merlin sur l'arrêt du 21 thermid. (*Cass.*, 3 brum. an 10, *S.*, t. 7, p. 783.) »

M. Carré s'est étayé de l'autorité de M. Merlin, qui lui manque aujourd'hui; car dans son tome 16 (*Additions*), p. 86, ce savant magistrat déclare qu'à l'époque où il a écrit son réquisitoire, l'art. 2223 du Code civil n'existait pas.

Conçoit-on, en effet, qu'il ne soit pas permis aux juges de suppléer le moyen de prescription du fond du droit et qu'ils puissent suppléer une déchéance résultant de l'expiration d'un délai ?

M. Merlin s'était appuyé sur ce qu'en matière de péremption, elle avait lieu de plein droit, et, qu'en ce cas aussi, le juge pouvait la suppléer.

Comme l'a fort bien fait observer M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 175, sect. 1re, § 2, n° 16, qui combat l'opinion de M. Merlin par des raisonnements sans réplique, l'art. 399 est venu, comme l'art. 2223, répondre à cette considération basée sur ce qu'on voulait arriver, par tous les moyens possibles, à tarir la source des procès. C'est cependant ce motif qui a déterminé M. DALLOZ aîné, dans sa *Collection alphabétique*, t. 2, p. 513, à accorder aux juges le pouvoir exorbitant que nous leur dénions, même dans le cas où la chose jugée résulte d'une décision déjà rendu en Cour souveraine et devenue inattaquable.

Comment le juge peut-il d'office déclarer que les délais sont expirés, lorsqu'il ignore si la signification de la sentence attaquée est valable ou nulle? cette signification, fût-elle, en apparence, revêtue de toutes les formes légales, pourrait être frappée d'inscription de faux dans le cas où l'intimé chercherait à s'en prévaloir pour faire prononcer la déchéance.

C'est donc *ultrà petita* que les juges prononcent en ce cas, contrairement aux textes les plus formels de nos lois civiles et de procédure.

MM. PONCET, t. 1, p. 459, n° 281 et p. 513, n° 314; PIGEAU, *Commentaire*, t. 2, p. 10, note 1, n° 5, et BOITARD, t. 3, p. 54 et suiv., embrassent la première opinion de M. Merlin et celle de M. Dalloz.

M. Boitard termine en disant qu'il n'est pas douteux que d'office la Chambre des requêtes ne rejette un pourvoi formé après les délais; c'est une erreur grave; la connaissance de la législation relative à la Cour suprême suffit pour s'en convaincre. On ne doit pas supposer que le demandeur qui ne se trouvera plus dans les délais, aura la bonhomie de produire la copie qui lui a été signifiée à personne. En vain la Cour aurait-elle, par une voie indirecte, la preuve que les délais étaient expirés, elle n'en admettrait pas moins le pourvoi s'il y avait lieu, parce qu'elle ne connaît l'affaire que par les pièces produites par le demandeur. Si l'on suppose que le demandeur a produit la copie à lui signifiée sans en critiquer la régularité, la Cour alors prononcera un rejet, non pas par le motif tiré de l'ordre public, mais parce qu'en l'absence du défendeur la Cour supplée tous les moyens qu'il proposerait lui-même et qui ressortent des pièces produites. M. Boitard cite un autre cas, celui où l'appel porterait sur une matière au-dessous de 1,000 fr.; cet exemple ne nous paraît pas encore heureusement choisi, car il est reçu en doctrine que les juges peuvent d'office se déclarer incompétents même dans le cas d'une incompé-

tence personnelle provenant soit du domicile, soit de la qualité des parties, parce qu'on ne peut pas forcer un juge à juger autre chose que ce qui lui est attribué par la loi, et de plus il s'agirait alors d'une incompétence matérielle que le juge est tenu d'office de reconnaître.

M. THOMINE DESMAZURES, au contraire, t. 1, p. 679, répond en quelques lignes, que nous croyons devoir transcrire ici :

« On a porté la rigueur, sur ce point, jusqu'à prétendre que les juges pon-
« vaient et devaient d'office prononcer cette déchéance, lors même qu'elle ne
« serait pas opposée. On cite l'opinion de l'auteur du *Répertoire de jurispru-*
« *dence* et l'autorité d'un arrêt de cassation, rendu sous l'empire de la loi du
« 16 août 1790; mais nous ne pouvons admettre cette doctrine; c'est dans
« l'intérêt de celui qui a gagné son procès, c'est afin qu'il obtienne prompte-
« ment sa tranquillité, que cette déchéance est prononcée; c'est une fin de
« non-recevoir qu'il peut opposer comme la prescription; qu'il ait le droit de
« le faire en tout état de cause, à la bonne heure; mais les juges ne doivent
« ni ne peuvent, à notre opinion, suppléer d'office une telle exception, qui,
« évidemment, n'est pas d'ordre public. »

Quant à la jurisprudence, on a déjà vu, par deux arrêts de 1827 et de 1834, relatifs à une opposition, qu'elle devait tendre à ne pas donner, à l'exception de la chose jugée, le caractère d'une exception d'ordre public. Voici des décisions plus spéciales.

C'est à tort que M. Carré a posé en fait que l'arrêt du 3 brumaire an 10 a jugé la question dans le sens des conclusions de M. Merlin; on peut consulter cet arrêt et celui du 21 thermidor an 9, dans le *J. Av.*, t. 3, p. 58, et, comme l'a fait observer M. Favard de Langlade, on verra que ces deux arrêts apprécient plutôt le fait que le droit.

Un arrêt assez récent de la Cour de cassation, du 30 novembre 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 308), a consacré notre opinion par des motifs qui accordent expressément au juge le pouvoir d'examiner les faits desquels devra résulter la fin de non-recevoir contre l'exception de tardiveté. « Attendu, a dit la Cour, que la fin de non-recevoir résultant de ce que l'appel a été interjeté tardivement, repose sur une prescription acquise, à laquelle la partie qui avait le droit de s'en prévaloir a la faculté de renoncer; — Attendu que la commune de Saint-Albin avait renoncé à cette fin de non-recevoir en défendant au fond, sans exciper de la déchéance de l'appel, ni faire de réserve à cet égard, et en acquiesçant à l'arrêt interlocutoire du 10 juin 1824 qui avait admis cet appel.

Toutefois la Cour de Turin, le 7 juillet 1808; la Cour de Bourges, le 26 juillet 1810; la Cour de Nismes, le 12 décembre 1820, et la Cour de Poitiers, le 12 août 1823 (*J. Av.*, t. 3, p. 61, 62, et 178, et t. 25, p. 303), ont rendu des arrêts en sens contraire et décidé que l'exception de chose jugée était d'ordre public. On peut aussi consulter un arrêt de la Cour de Rennes du 7 février 1815. (*J. Av.*, t. 12, p. 498.)

La Cour de Bruxelles s'est prononcée dans le même sens, le 16 juillet 1824 (*Journ. des Arrêts* de cette Cour, t. 2 de 1824, p. 404), dans une espèce où il s'agissait de la chose jugée résultant d'un jugement précédemment rendu et non de l'expiration d'un délai.

Dans cette dernière hypothèse, deux arrêts ont décidé que l'exception de chose jugée pouvait être proposée en tout état de cause; arrêts de Besançon du 15 juin 1807, et de Bordeaux du 16 janvier 1834. (*J. Av.*, t. 12, p. 448 et t. 50, p. 376.)

La Cour de Grenoble nous paraît avoir été bien loin en décidant, le 11 février 1813, que l'exception résultant de ce que l'appel d'un jugement a été interjeté dans la huitaine de sa date, peut être proposée en tout état de cause parce qu'elle est d'ordre public. (*J. Av.*, t. 12, p. 490.

Nous en dirons autant d'un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 14 avril 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 157), qui permet aux juges de suppléer d'office l'exception résultant de ce que la voie d'opposition aurait été ouverte au moment de l'appel.

Aussi pensons-nous qu'il a été bien jugé par la Cour de Rennes, le 6 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 186), quand elle a décidé que le défaillant ne peut opposer pour la première fois en appel, lorsqu'il est censé y avoir renoncé, la péremption d'un jugement par défaut.

4° Il ne faut pas confondre, comme nous l'avons déjà dit en examinant l'opinion de M. Boitard, l'*exception résultant de l'expiration des délais avec l'exception basée sur le dernier ressort;* dans ce dernier cas il y a incompétence matérielle d'ordre public, par conséquent proposable en tout état de cause et pouvant être suppléée par le juge. Voy. Q. 1636 *ter* et 1676.

C'est ce qui a été jugé par les Cours de cassation, les 17 nivôse an 13 et 23 mars 1808 (*J. Av.*, t. 12, p. 454, et t. 19, p. 99); de Riom, le 25 août 1812; d'Orléans, le 25 mars 1819; de Rennes, le 3 août 1819; de Grenoble, le 23 juin 1820; de Toulouse, le 24 novembre 1823; de Bordeaux, le 30 janvier 1827; de Corse; le 2 avril 1827; de Bourges, le 2 janvier 1830. (*J. Av.*, t. 12, p. 513; t. 19, p. 168, t. 25. p. 365; t. 32, p. 197; t. 34, p. 102, et t. 40, p. 310.)

5° M. Carré, *infrà, Quest.* 751, pense que l'*exception résultant de l'acquiescement, peut être proposée en tout état de cause*, et il va même jusqu'à soutenir que le juge peut et doit la suppléer. Nous n'adoptons point cette extension du pouvoir accordé au juge, mais l'exception nous paraît tellement péremptoire, qu'elle doit être à nos yeux comparée à la chose jugée fondée sur un jugement antérieur à une nouvelle instance. (*V.* ci-dessus nos 3 et 4.)

A l'arrêt cité par M. Carré, il faut ajouter deux arrêts, l'un de la Cour de Paris, du 21 octobre 1813, l'autre de la Cour de Nismes, du 21 août 1823, rendus dans le même sens (*J. Av.*, t. 1, p. 183, et t. 24, p. 281), et un arrêt conforme de la Cour de Bruxelles, du 30 juin 1818 (*Journ. des arrêts* de cette Cour, 1818, t. 2, p. 62).

6° Dans la classe des fins de non-recevoir péremptoires, proposables en tout état de cause, tenant plutôt au droit civil qu'à la procédure, et auxquelles la partie qui les invoque ne doit être censée avoir renoncé que sur des manifestations formelles mais non sur des actes de procédure, on range les exceptions résultant 1° de l'expiration des délais de surenchère (*Arrêt* de Riom, du 26 mai 1818; *J. Av.*, t. 12, p. 509, et M. CARRÉ, *Quest.* 751, à la note); 2° de l'expiration du délai accordé pour une action en désaveu d'enfant légitime (*Arrêt* d'Agen, du 28 mai 1821; *J. Av.*, t. 23, p. 196); 3° de l'expiration du délai accordé pour la notification d'un protêt (*Arr. cass.*, du 29 juin 1819; *J. Av.*, t. 14, p. 459); 4° de l'expiration du délai pour la demande en rescision d'une vente (*Arr. cass.*, 13 oct. 1807; *J. Av.*, t. 12, p. 452).

Dans cette dernière espèce, la Cour de cassation a pensé que la réunion des *circonstances énoncées dans l'arrêt attaqué avait pu autoriser la Cour royale à décider que le demandeur avait été présumé avoir renoncé à la fin de non-recevoir.* — Il y avait un jugement ordonnant une expertise et nomination d'un expert par le demandeur.

Sur la question de protêt, la Cour de Bordeaux a décidé, le 14 mars 1828, (*S.*, t. 28, 2e part., p. 170), qu'en appel cette exception ne pouvait être proposée *lorsqu'en première instance on s'était borné à demander délai pour le paiement.*

§ 5. *S'il s'agit d'un défaut de qualité, l'exception pourra-t-elle être proposée en tout état de cause?*

Nul doute ne peut s'élever sur l'affirmative qui a été consacrée unanimement,

par la jurisprudence (1), nous n'indiquerons ici que les arrêts de la cour de cassation, des 21 vendém. an 11, 24 vendém. an 12, 31 août 1831, et 11 juin 1833. (*J. Av.* t. 12, p. 433 et 435; t. 41. p. 649, et t. 46, p. 355.)

Quant aux arrêts nombreux émanés des Cours royales, on peut consulter notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exceptions* nos 81, 88, 89, 90, 93, 94, 95 et *J. Av.* t. 50, p. 379, et t. 51, n. 478. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs.

Cependant il ne faut pas décider que l'exception résultant du défaut de qualité ne peut pas être couverte; elle peut l'être par une reconnaissance directe ou explicite de la part de la partie assignée. Cette fin de non-recevoir étant complétement subordonnée aux circonstances, nous ne pouvons pas proposer de règle fixe. Nous nous contenterons d'indiquer trois arrêts, l'un de la Cour de Toulouse, du 26 mars 1824, les deux autres de la Cour de Bordeaux, des 29 mars 1828 et 25 août 1832 (*J. Av.*, t. 26, p. 177, et t. 44, p. 242, et *Journal des Arrêts* de la cour de Bordeaux, t. 3, p. 184).

Supp. alph., V° *Exception*, n. 21 et s.

§ 6. *Que décidera-t-on, lorsqu'il s'agira de nullités qui s'attaquent au mode d'introduire l'action?*

On sera forcé d'adopter alors une distinction dont le principe se trouve dans la nature des choses, et dans l'art. 170 du Code; aucune défense au fond ne peut couvrir une incompétence matérielle, dit cet article; le motif est que les juridictions tiennent à l'ordre public. Toutes les fois qu'une exception tendant à faire annuler un acte de procédure se rattachera à des motifs d'ordre public, elle pourra être proposée en tout état de cause, malgré les termes restrictifs de l'art. 173.

Si l'on pense, comme nous et comme M. Carré (*V.* l'art. 48), que l'essai de conciliation est d'ordre public, l'exception de nullité du premier acte de la procédure résultant de ce qu'il ne donne pas copie du procès-verbal de conciliation sera proposable en tout état de cause, même en appel.

C'est ainsi qu'il a été décidé que le défaut d'autorisation de communes était d'ordre public. (V. nos *Questions* sur l'art. 1032, Cod. proc. civ.)

Nous pensons néanmoins, avec la Cour de cassation, que l'on ne peut, après avoir conclu au fond, exciper de ce qu'une instance au petitoire a été intentée avant la fin de celle pendante au possessoire (*Arrêt* du 15 avril 1833. S. 33-1.278), et, avec la Cour de Bourges, que des conclusions au fond couvrent également la fin de non-recevoir tirée de ce que le demandeur au pétitoire n'a pas exécuté le jugement rendu contre lui au possessoire. (*J. Av.*, t. 38, p. 26.)

Une loi du 28 octobre 1790, art. 15, tit. 3, exige qu'un mémoire soit soumis au préfet, avant toute introduction d'une instance contre le domaine. Les Cours, qui ont pensé que cette formalité était d'ordre public, ont permis au domaine de demander la nullité de l'exploit introductif en tout état de cause, arrêts de Nismes du 16 déc. 1830; de Bourges, 16 août 1831, et de Poitiers, 27 juill. 1832. (*J. Av.*, t. 40 p. 136, t. 42, p. 167 et t. 43, p. 505.)

Mais, sur notre plaidoirie, le 4 août 1835 (*J. Av.* t. 49, p. 715), la Cour de cassation se déclarant pour le principe contraire, a jugé que la nullité avait été couverte par les défenses sur le fond.

Le 24 août 1831, la cour de Bordeaux a décidé, avec raison, selon nous, que l'exception tirée de ce que le demandeur agit frustratoirement pour se procu-

---

(1) Un seul arrêt du 15 mars 1808, de la Cour de cassation, basé sur des faits spéciaux, paraît s'écarter de la doctrine généralement admise. (*J. Av.*, t. 12, p. 453, et *J. P.*, 3e édit. t. 6, p. 559.)

rer un nouveau titre, quand il en avait déjà un valable, ne pouvait pas être proposée pour la première fois en appel, parce qu'elle n'attaquait que le mode d'exercice du droit et non le droit lui-même. (*J.Av.*, t. 42, p. 101.)

Supp. alph., V° *Exception*, n. 166 et s.

§ 7. Une difficulté ou du moins une question qui a paru fort grave a nos maîtres, et qui a fait tomber les deux plus célèbres dans une contradiction évidente, doit être l'objet d'un examen sérieux; la voici : « *Lorsqu'une nullité d'un acte de procédure repose sur un vice qui doit faire supposer que l'assigné n'a pas reçu sa copie, sa présence* (l'exploit en main) *couvre-t-elle cette nullité?* »

Qu'on lise ci-dessus, la *Question* 644 de M. Carré, et ci-dessous sa *Question* 744, et qu'on nous dise s'il n'émet pas deux propositions contradictoires. Ce qui le prouve encore, c'est qu'au titre des jugements par défaut, M. BONCENNE, t. 3, p. 52, combat la solution de M. Carré, et qu'au même tome, p. 295, et suiv. M. Boncenne, qui change d'opinion, s'élève contre la doctrine de la question 744 du même auteur.

Quelle bizarrerie et combien donne à réfléchir cette contrariété en sens inverse des opinions de deux hommes aussi haut placés dans la science!...

Au titre des jugements par défaut, M. Boncenne, après avoir fait apercevoir que, vouloir prononcer la nullité de la signification d'un jugement par défaut, faite par un huissier non commis lorsque la partie tient à la main le jugement signifié, *c'est comme si l'on demandait une caution après le paiement de la dette; que toute sûreté est acquise, et que la nullité ne serait plus qu'une rigueur sans objet, un effet sans cause*, cite l'arrêt de 1813 et ajoute: *cependant la rigueur du droit a fait pencher M. Carré vers l'opinion contraire; c'est être trop rigide.* Laissons maintenant M. Boncenne lui-même développer avec sa prodigieuse facilité la thèse contraire, car il nous serait impossible de mieux exprimer cette opinion, qui est la nôtre :

« Mais on va dire: constituer un avoué, poursuivre l'audience, réclamer une remise, etc., c'est fort ostensiblement faire acte de comparution. Or, l'ajournement a été donné pour que l'ajourné vînt se défendre. Le voici venir; il a donc exactement reçu le cartel judiciaire; il a donc reconnu la voix qui l'appelait; il s'est donc appliqué lui-même les énonciations servant à désigner celui qui était appelé; il n'a donc point été induit en erreur ni en doute sur le lieu, sur le jour où il devait se présenter. N'est-ce pas tout ce que voulait la loi? et n'est-il pas déraisonnable qu'une personne assignée puisse se présenter devant les juges, l'exploit à la main, pour conclure à ce qu'il soit déclaré nul?

« Il est vrai que la doctrine de nos vieux maîtres ne le tolérait point. Consultez Imbert, Mazuer et Fontanon, ils vous répondront que « l'effet de l'ajournement est la *comparution* de la partie ajournée; que l'ajournement « étant nul pour quelque défectuosité, si la partie est *comparue* en vertu d'icelui, « il est parvenu à l'effet et cause finale qui lui est propre, conséquemment, la « nullité est couverte et l'acte valable, *non ratione citationis, sed ratione præsentiæ* ». C'était une pratique générale, Voët l'enseignait à Leyde, Mynsinger à Fribourg, André Gaill et Sébastien Vant, à Cologne.

« Toutefois, l'ordonnance de 1667 a voulu que les nullités d'exploit fussent cotées dès l'entrée de la cause, comme un préalable, et qu'autrement elles demeurassent couvertes par *les défenses* et règlements de la contestation.

« L'art. 173, Cod. proc., y est conforme : et comment serait-il possible de *préalablement coter* ou *proposer* une nullité, si l'on n'a pas commencé par comparaître? C'est l'observation que tout le monde s'accorde à faire aujourd'hui.

« Avant d'examiner ce point, il faut distinguer et ne pas rattacher à la

question générale toutes les espèces de défectuosités qui peuvent vicier un ajournement.

« Sans peine on comprendra qu'il n'y a rien de contraire à l'ordre naturel des idées, quand je viens à l'audience demander la nullité d'un ajournement qui ne contient ni l'objet de la demande, ni l'exposé sommaire des moyens : car ce n'est pas là seulement le mépris d'une forme servant à constater le fait de l'assignation c'est la suppression du droit de défense et de ses garanties les plus sacrées ; c'est m'appeler au tribunal et requérir que j'y sois condamné, sans que je sache à quoi, pourquoi et sur quoi. L'ajournement est bien parvenu à sa cause finale, quant à ma comparution, mais non en ce qui touche la préparation et la sauveté de ma défense. Lorsque j'apporte une plainte contre une tentative de guet-apens, il serait trop absurde de supposer que je l'approuve.

« Relativement aux autres nullités que peut faire éclore le défaut d'énonciatiation suffisante des noms, du domicile, du *parlant à*, etc., il faut tâcher d'expliquer cette disposition, contre laquelle les arguments se heurtent et se brisent, qui permet à l'ajourné de venir dire à la barre qu'il a fort exactement reçu l'ajournement, mais que ce doit être comme s'il ne l'avait pas reçu, parce que toutes les règles prescrites pour lui en assurer la remise n'ont pas été strictement observées.

« Dans les commentaires, dans les arrêts, je n'ai point trouvé de réponse à tous les griefs que peut étaler là-dessus la logique de l'équité, sinon que c'est une vaine lutte contre la lettre de la loi

« J'avoue que cette lettre de la loi m'a tenu long-temps en échec, tandis que, fidèle à mon plan, je voulais percer l'épaisse enveloppe qui doit recouvrir ses motifs.

« Voici ce qui m'est apparu :

« Si le législateur n'eût neutralisé l'entraînement de cette conséquence qui fait couvrir, par la comparution, les nullités relatives à la remise de l'assignation et aux doutes que produisent des indications imparfaites, le défendeur mal assigné se serait bien gardé de comparaître et n'aurait jamais manqué de se laisser condamner par défaut. Puis il aurait toujours attendu que le jugement eût été expédié, signifié et exécuté, car on a jusqu'à l'exécution pour se montrer et s'opposer; alors seulement il aurait formé son opposition fondée sur la nullité de l'assignation, disant qu'il ne l'avait point reçue ; et toutes ces procédures de défaut, d'expédition, de signification, d'exécution et de second jugement qui rétracte le premier, seraient tombées à la charge du demandeur, avec une perte de frais et de temps dix fois plus lourde qu'il n'échoit depuis que l'on raisonne avec moins de rigidité, et que l'on admet le défendeur à venir de prime-saut dire : l'assignation est nulle.

« Ce système, tel que je l'entrevois, est moins positif que celui des temps qui précédèrent l'ordonnance ; toutefois il est conçu d'une manière plus humaine et plus secourable. Cela ressemble peut-être à un paradoxe; mais loin qu'on doive trop logiquement chicaner un plaideur qui présente son ajournement pour le faire déclarer nul, je crois qu'il faut lui aplanir cette voie plus franche et l'enhardir à attaquer de front, afin qu'il ne s'avise point de tourner *la fin de non-recevoir*, et de s'embusquer dans les détours ruineux de la vieille route. »

M. BOITARD adopte cette dernière opinion de M. Boncenne, et il pense, t. 2, p. 48, qu'*en présence de l'art.* 61, *qui attache expressément la nullité à l'omission de chacune des formalités qu'il impose, la constitution d'avoué, la comparution du défendeur, l'aveu que l'ajournement lui a été exactement remis, ne peuvent et ne doivent pas couvrir les nullités résultant du défaut d'indication.*

Telle est aussi la doctrine de M. PIGEAU *Commentaire*, t. 1, p. 393, n° 3.

Pour la signification d'un jugement par défaut, M. Boncenne avait invoqué l'arrêt du 7 décembre 1813, de la Cour de cassation; cet arrêt est applicable à tous les exploits dans les termes de la question que nous avons posée (*J. Av.*, t. 21, p. 270).

La doctrine de la Cour de cassation a été adoptée, le 25 janvier 1822, par la Cour de Toulouse (*J. Av.*, t. 21, p. 292), et, le 19 juillet 1831, par la Cour d'Angers (*S.*, t. 32, 2e part., p. 298) (1).

Cependant on peut opposer deux arrêts, l'un de la Cour de cassation, du 22 brum. an 13, l'autre de la Cour de Rouen, du 11 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 12, p. 439), qui ont jugé la question en thèse générale pour un exploit introductif d'instance. En rapportant l'arrêt de l'an 13, M. Coffinières s'est exprimé en ces termes :

« La maxime de droit *quod produco non reprobo* paraît, au premier coup « d'œil, s'opposer à cette solution, mais cette maxime ne peut s'appliquer « aux exploits d'huissier. Tous les jours une partie irrégulièrement assignée « comparaît au délai indiqué, en vertu de l'exploit même dont elle démontre « la nullité. Au lieu de statuer sur cette demande, il serait absurde de soutenir « le défendeur non recevable à proposer ses moyens de nullité, par le motif « qu'il obtempère à la signification en produisant l'acte par lui pratiqué; car « il lui est impossible de se présenter devant les juges, sans déférer à l'acte qui « l'y appelle quelque irrégulier qu'il puisse être. »

Supp. alph., V° *Exception*, n. 170 et s.

§ 8. Une question secondaire se rattache nécessairement à celle que nous venons d'examiner, la voici : *La constitution d'avoué couvre-t-elle les exceptions de nullité ?*

Pour ceux qui pensent qu'il y a fin de non-recevoir de la part de celui qui reconnaît, en se présentant, la remise de l'exploit, l'affirmative est certaine.

La négative doit être également incontestable dans l'opinion contraire; car la constitution d'avoué est la présentation légale de la partie.

Aussi elle est enseignée par tous les auteurs. On peut consulter MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 462; BONCENNE, t. 3, p. 217 et 297; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 327; et MERLIN, *Questions de droit*, v° *Appel*, § 10, art. 1er, n° 2, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 393.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 17 nov. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 353), a posé le principe régulateur en prononçant une cassation fondée sur ce qu'*il ne suffit pas pour qu'un individu soit valablement cité, qu'il ait eu ou pu avoir une connaissance morale de la citation; qu'il est nécessaire qu'il en ait eu une connaissance légale, laquelle ne peut avoir lieu que par exploit en forme régulière.* Telle était aussi la jurisprudence de la Cour de cassation, sous l'empire de l'ordonnance de 1667. (*V.* un arrêt du 9 janv. 1809, *J. av*, t. 12, p. 462). Cette opinion a été adoptée par arrêts de la Cour de Bruxelles, du 4 avril 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 40); et de la Cour de Paris, du 31 mars 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 491).

Cependant on oppose un arrêt isolé du 22 déc. 1812, de la Cour de Limoges, (*J. Av.*, t. 1, p. 174), et quelques autres décisions rendues dans des espèces particulières.

Le 17 février 1809, la Cour de Rennes; le 19 février 1812, la Cour de Liége;

---

(1) Le 21 mai 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 250), la Cour de cassation a assimilé les citations en bureaux de paix aux assignations en matière correctionnelle dont les nullités sont couvertes par la comparution, du moins dans l'opinion de la Cour, ainsi qu'elle l'a jugé fort souvent.

le 2 janvier 1818, la Cour de Colmar; la Cour de Metz, le 9 janvier 1821 (*J. Av.*, t. 12, p. 481 et 508, t. 13, p. 130, et t. 7, p. 161), ont décidé que, soit une constitution de nouvel avoué, soit un avenir pour plaider, soit une demande de remise de cause, élevaient des fins de non-recevoir contre la présentation ultérieure du moyen de nullité. Le contraire a été décidé par deux arrêts de la Cour de Bruxelles, du 4 décembre 1807, et de la Cour de Liége, du 23 nov. 1814 (*J. Av.*, t. 12, p. 453 et t. 13, p. 228), et enfin par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 28 octobre 1811 (*J. Av.*, t. 3. p. 158, 7e *espèce*), et l'autre du 6 nov. 1811 (*J, Av.*, t. 12, p. 481). **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 174, 175

§ 9. Mais on s'est demandé *si la nullité d'un acte d'appel résultant d'un défaut de constitution valable d'avoué était couverte par la signification d'une constitution faite par l'avoué de l'intimé, au véritable avoué de l'appelant ?*

Cette question n'est qu'un corollaire de la question principale : les principes sont les mêmes, la solution doit être la même : la négative nous paraît certaine, contrairement à l'opinion, déjà citée, de M. CARRÉ, *Quest.* 741.

Toutefois la jurisprudence n'est pas fixée, et elle offre des monuments contradictoires.

Pour la fin de non-recevoir, on cite les arrêts de la Cour de Bourges, du 25 août 1808, de la Cour de Rennes, du 26 avril 1810, de la Cour de cassation, du 24 février 1813, de la Cour de Douai, du 15 avril 1818, de la Cour de Paris, du 9 mai 1826, de la Cour de Limoges, du 7 fév. 1828, de la Cour de Nîmes, du 17 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 12, p. 474 et t. 34, p. 103; *Journ.* de la Cour de Limoges, 1828, p. 78, et DALLOZ, 1829, 2e part., p. 188).

On oppose à ces décisions, les arrêts de la Cour de Pau, du 22 juill. 1809, de la Cour de cassation, du 4 sept. 1809 (1), de la Cour de Limoges, du 14 avril 1813, et de la Cour de Rennes, du 21 juin 1814 (*J. Av.*, t. 3, p. 232 et t. 12, p. 497). **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 184.

§ 10. Nous avons déjà donné notre opinion, *suprà*, p. 43, *Quest.* 623, à la note, sur la question de savoir *si un jugement de jonction de défaut couvre les nullités ?*

Nous ajouterons seulement aux arrêts que nous avons cités, une décision de la Cour de Bourges, du 30 août 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 350). **Supp. alph.**, V° *Citation*, n. 180.

§ 11. *Et si le défendeur a besoin d'examiner l'original même de la citation ou de l'acte qu'il veut arguer de nullité, ne peut-il pas en demander la communication ?*

L'affirmative est hors de doute puisque de cette communication seule peut dépendre la demande elle-même en nullité (2).

« Tous les préliminaires, dit M. BONCENNE, t. 3, p. 296, qui ne sont point en « désaccord absolu avec l'intention de proposer une nullité, ne peuvent pas « faire supposer qu'on y ait renoncé.»

Ainsi celui qui voudrait demander la nullité d'un exploit fondée sur ce que la délibération du conseil de famille, ou l'acte administratif qui l'ont autorisé ne sont pas réguliers, ne couvrirait pas cette nullité en demandant communication des pièces qui pourraient l'éclairer sur ces points préliminaires.

Il est essentiel de remarquer que la demande pure et simple de communi-

---

(1) On peut consulter aux *Questions de droit*, v° *Appel*, § 10, art. 1, n. 2, le réquisitoire de M. Merlin, sur lequel cet arrêt a été rendu.

(2) C'est ce qui a été jugé le 4 avr. 1810 par la Cour d'Agen (*S.*, t. 14, 2e p. p. 281, et *J. Av.*, t. 20, p. 177). Telle est aussi l'opinion de M. CARRÉ, *Quest.* 718.

cation de pièces s'applique au fond et ne permet plus de proposer une nullité d'exploit ou d'acte de procédure.

Cette doctrine est celle de tous les auteurs. (*V.* MM. BONCENNE, t. 3, p. 295 THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 319 et 327, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 45 et 461.)

Le 26 juillet 1808, la Cour de cassation a jugé avec raison que la demande en communication des pièces qui ne tiennent pas au fond n'élevait pas une fin de non-recevoir contre la nullité de l'exploit (*J. Av.*, t. 12, p. 455).

Mais, par arrêts des Cours de Paris, 27 août 1807; de Turin, 16 janv. 1809; de Rouen, 9 déc. 1809; de cassation, 30 janvier 1810; de Rennes, 6 août 1813, 17 juin 1817 et 16 janv. 1818; de Besançon, 1er déc. 1818; d'Orléans, 15 nov. 1820; de Bourges, 30 mars 1829 et 25 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 12, p. 462, t. 13, p. 256, t. 37, p. 191 et t. 46, p. 357), il a été jugé que la simple demande en communication de pièces était un obstacle à toute proposition en nullité d'exploit; peu importe, a dit la Cour de Rennes, le 23 sept. 1815 (*J. Av.*, t. 12, p. 503), que la demande en communication n'ait produit aucun effet.

Cependant on peut ne pas critiquer deux arrêts qui ont consacré deux exceptions; le premier, de la Cour de Pau, a décidé, le 26 juill. 1809, que l'intimé qui avait proposé un moyen de nullité dans une requête, ne couvrait pas ce moyen en demandant le dépôt au greffe d'une pièce du procès sans conclure au fond (*J. Av.*, t. 12, p. 469); le second, de la Cour d'Amiens, du 30 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 360), a jugé que les moyens de nullité ne sont pas couverts par une communication de pièces faite par l'intimé à l'appelant sur sa demande et sous la réserve des moyens de nullité.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 25 juin 1831 (*Journ. des arrêts* de cette Cour, t. 6, p. 331), est le seul qui contrarie la jurisprudence universellement admise. **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 178, 179.

§ 12. Certains praticiens ont pensé qu'*à l'aide des réserves expresses, générales ou spéciales, on pouvait éluder le vœu formel de l'art.* 173; mais, comme l'a dit M. Thomine Desmazures, il n'est pas permis de protester contre la loi, il faut l'exécuter. Les réserves sont de vieux style, c'est souvent un non-sens, elles ne servent à rien dans la plupart des cas; on ne les conçoit que pour le cas où la loi, vous accordant deux modes d'action sur la même ligne, ne pouvant pas les suivre tous les deux à la fois, vous prenez l'un en vous réservant l'autre (1).

On peut continuer à insérer des réserves dans les actes de procédure, car *quod abundat non vitiat*, mais on ne doit pas penser que ces réserves soient de nature à faire revivre un droit éteint par suite de l'acte lui-même qui contient ces réserves.

MM FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 461, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 327, et BONCENNE, t. 3, p. 303, professent la même opinion. Voici comment s'exprime M. Boncenne : « Il est des praticiens qui ne rédigent ni conclusions ni requêtes « sans y ajouter des protestations contre ce qu'ils n'entendent pas faire, les- « quelles se terminent notamment par des réserves de faire valoir tous moyens « de nullité ainsi qu'ils aviseront. »

« Ces précautions ou *cautèles*, comme on disait autrefois, n'ont pas la moindre vertu : si vous commencez par discuter le fond de la cause, vous couvrirez la nullité de l'ajournement, en dépit des plus énergiques réserves; il en sera de même pour les autres actes de procédure dans le cours de l'instruction;

---

(1) *V.* cependant les cas *d'enquête* ou tous autres pour lesquels les réserves forment une protestation contre une procédure à laquelle on est forcé de prendre part.

qui protestatur nihil agit. Cette maxime s'applique à tous les cas où celui qui proteste avait la liberté d'agir autrement qu'il n'a fait. »

La jurisprudence s'est en général rangée à cette opinion ; nous nous contenterons d'indiquer notre *Dictionnaire général de procédure*, v° *Exceptions*, nos 51, 62, 71, 72, 74, 76 et 77.

Cependant nous croyons pouvoir approuver trois décisions qui, au premier examen, sembleront contraires aux principes que nous venons de poser, à savoir : 1° qu'une nullité d'exploit n'est pas couverte, lorsque sous toute réserve sommation est faite de déposer au greffe certaines pièces de la procédure (Liége, 31 juill. 1811 ; *J. Av.*, t. 13, p. 174).

2° Que des réserves formelles doivent produire tout leur effet lorsqu'elles n'ont été suivies de la part de l'avoué que d'une sommation d'instruire (Angers, 27 juill. 1820 ; *J. Av.*, t. 12, p. 514) ; ou qu'il a fait simplement un autre acte d'instruction (Agen, 4 avril 1810 ; *J. Av.*, t. 20, p. 177).

Les réserves peuvent encore être considérées sous un point de vue qui, sans leur donner une utilité réelle, leur permet de rendre la procédure plus claire.

Ainsi l'intimé peut conclure à la nullité de l'appel, puis subsidiairement au fond. En concluant sur le fond pour établir plus clairement la volonté de subordonner ses conclusions sur le fond à la décision qui sera rendue sur le moyen de forme, cet intimé conclut au fond sous toutes réserves de ses moyens de nullité déjà proposés.

C'est aussi ce qui a été jugé le 15 mars 1821 par la Cour de Rennes (*J. Av.*, t. 19 p. 231). **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 197.

§ 13. Si des principes que nous venons de poser, il résulte assez clairement, selon nous du moins, quelles sont les nullités dont a voulu parler le législateur dans l'art. 173, examinons maintenant ce que signifient ces expressions : *Toute défense ou exception autres que les exceptions d'incompétence.*

Sect. 1re. TOUTE DÉFENSE.... Les diverses hypothèses qui ne peuvent offrir aucune difficulté sérieuse ne méritaient pas de notre part un examen séparé, aussi avons-nous cru devoir les indiquer en note, et, contre notre habitude, pour suivre un ordre plus logique, nous ne les avons pas placées sous l'art. 173 lui-même (1).

---

(1) JURISPRUDENCE

[Nous pensons que :

1° Une nullité ne peut être proposée par celui du fait duquel elle provient (*Cassat.*, 4 germ. an 8, *J. Av.*, t. 12, p. 426). M. Carré avait fait suivre cette notice de ces mots : *c'est une conséquence du principe, qui résulte d'un grand nombre de textes, qu'on ne peut jamais plaider contre son propre fait.* Nous ajouterons cependant, à moins qu'il ne s'agisse d'une incompétence matérielle ou d'une nullité d'ordre public.

2° Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a supposé valables des procédures nulles, on ne peut plus attaquer ces procédures et en faire prononcer la nullité (*Cassat.*, 29 juin 1812, *J. Av.*, t. 12, p. 488). C'est ainsi qu'un jugement qui a prononcé une contrainte par corps *contre le vœu de la loi doit néanmoins* être exécuté lorsqu'il est passé en force jugée. (Paris, 29 pluv. an 10, *J. Av.*, t. 8, p. 455 et 457) ;

3° Les communes, comme les particuliers, doivent proposer les nullités d'exploit avant toutes défenses au fond (*Cassat.*, 10 janv. 1810, *J. Av.*, t. 4, p. 741).

4° Les nullités de forme d'une contrainte se couvrent par la défense au fond du contribuable (*Cassat.*, 7 août 1807, *J. Av*, t. 12, p. 449).

5° La nullité de la notification d'un protêt fait à l'étranger et rapporté à la Guadeloupe, de la lettre de change et de l'assignation, fondée sur le défaut de légalisation dudit protêt, doit être proposée avant toute défense au fond (Bordeaux, 10 déc. 1827, *J.* des arrêts de cette Cour, 1827, p. 499).

6° La partie qui ne se borne pas à demander la nullité d'une opposition pour

Voici quelques cas particuliers qui nous ont paru dignes d'observations détachées.

1° Le 6 août 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 122), la Cour de Paris a décidé que des conclusions prises à l'audience sans avoir été préalablement signifiées et remises au greffier, ne lient pas l'instance, et qu'alors le déclinatoire ultérieurement proposé est censé l'avoir été *in limine litis.*

Le 12 avril 1813, la Cour de Paris avait consacré le même principe, en refusant à une partie le droit de prendre au greffe une expédition de conclusions signées par son avoué, mais non signifiées (*V. J. Av.*, t. 8, p. 311).

Ces deux arrêts nous paraissent contraires au texte précis des décrets et des lois relatifs à la matière : 1° Si d'un côté, de ce que les articles 71 et 72 du décret du 30 mars 1808 prescrivent aux avoués de prendre des conclusions, on

---

vice de forme, mais qui conclut formellement à ce que l'opposant soit débouté au fond, couvre la nullité, (Rennes, 28 avr. 1814; Gren., 22 av. 1815. *J. Av.*, t. 12, p. 496);

7° Le demandeur n'est plus recevable à demander la nullité de l'assignation qui lui a été donnée en reprise d'instance, lorsque cette nullité n'a pas été proposée avant toute défense au fond, et surtout lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a déclaré l'instance reprise (*Cass.*, 1er mai 1824, *J. Av.*, t. 26 p. 158);

8° L'intimé est comme le défendeur en 1re instance, en sorte que s'il n'a pas proposé, dans ses réponses à un écrit de griefs, la nullité de l'acte d'appel, il est non recevable à la proposer plus tard (Rennes, 2 juin 1808 et 31 juill. 1810, *J. Av.*, t. 12, p. 447). M. Carré avait fait suivre cette notice de ces mots : *Nota. En effet l'analogie entre l'intimé et le défendeur est parfaite, et l'on doit appliquer contre lui la règle générale portée à la question* 740.

9° La nullité résultant du défaut de transcription du procès-verbal de non conciliation en tête de l'exploit d'assignation, ne peut être opposée pour la première fois en appel (Paris, 29 pluv. an 10; *J. Av.*, t. 12, p. 431);

10° Après avoir procédé en première instance avec un avoué, on ne peut arguer d'irrégularité la constitution en cause d'appel, en soutenant que la partie représentée par cet avoué doit être considérée comme ayant fait défaut (Rennes, 31 août 1810, *J. Av.*, t. 15, p. 348);

11° La partie qui en première instance a demandé contradictoirement plusieurs remises de cause ne peut opposer en appel les irrégularités que présente la constitution d'avoué de son adversaire devant les premiers juges (Bruxelles, 21 sept. 1831, *J. Av.*, t. 45, p. 458);

12° L'exception de nullité d'une signification de requête en péremption d'instance ne peut être proposée pour la première fois en appel (Nîmes, 16 août 1815, *J. Av.*, t. 12 p. 511). *Peu importe*, disait M. Carré, à la note Jurisprudence, *que cette nullité de la demande soit péremptoire de l'instance, puisqu'il ne s'agit que de prononcer sur une nullité de forme;*

13° Le prévenu qui en première instance défend au fond ne peut, pour la première fois en appel, demander la nullité de l'action dirigée contre lui, en se fondant sur ce que l'huissier n'aurait pas signé l'original de la citation à lui donnée (*Cass.*, 20 juill. 1832, *S.*, t. 32, 1re p. p. 364);

14° Mais l'intimé est recevable à proposer la nullité de l'appel dirigé contre lui, quoique son avoué ait signifié à celui de son adversaire la décision dont est appel (Bordeaux, 6 juin 1832, *J. Av.*, t. 43, p. 564);

15° La partie qui a comparu en référé sur une assignation donnée à trop bref délai, et à un domicile qui n'est pas le sien, est recevable à demander la nullité d'une assignation semblable qui lui est ensuite donnée devant le tribunal (Paris, 13 mess. an 12, *J. Av.*, t. 12, p. 439); Voy. Q. 356.

16° Une partie peut demander la nullité d'un arrêt qui a jugé en audience solennelle une cause qui devait l'être en audience ordinaire, quoiqu'elle ait elle-même provoqué l'inscription de la cause au grand rôle. Notre solution est contrariée par un arrêt du 12 déc. 1811 de la Cour d'Aix (*J. Av.*, t. 12, p. 482); mais cet arrêt est antérieur à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, qui a considéré cette nullité comme étant d'ordre public (Arrêts, *Cass.* des 28 déc. 1830, 17 janv. et 7 fév. 1832, 13 et 15 mars 1833, *J. Av.*, t. 40, p. 343; t. 40, p. 666 et 667, et t. 46, p. 358).

faisait résulter du premier de ces articles une nécessité de signification, les articles 33 et 72 offriraient une contradiction choquante ; 2° l'art. 443, C. proc. civ., permettant l'appel incident en tout état de cause, même sur la barre, comme l'ont décidé plusieurs arrêts rapportés au *J. Av.* v° *Appel*, il est bien certain que des conclusions peuvent être prises sans avoir été signifiées; 3° Si le système de la Cour de Paris pouvait prévaloir, il ne serait donc pas possible de changer, modifier, étendre ou restreindre ses conclusions sur la barre après la plaidoirie de l'adversaire. L'avoué qui durant les trois jours dont parle l'art. 71, n'aurait point signifié ses conclusions, serait donc obligé de laisser prendre un jugement par défaut, puisqu'il ne lui serait plus permis de lier l'instance par des conclusions posées la veille des plaidoiries. Cette dernière supposition doit faire comprendre quelles seraient les conséquences du système que nous combattons.

N'a-t-on point confondu deux choses bien distinctes, selon nous ? La disposition réglementaire qui prescrit aux avoués de s'avertir réciproquement de leurs conclusions trois jours au moins avant l'audience, autant que faire se pourra ; et la volonté du législateur qui prescrit aux avoués de déposer au greffe leurs conclusions avant toute plaidoirie *ne varietur*, si l'on peut s'exprimer ainsi. Lors donc que des conclusions prises par un avoué et signées de lui, sont déposées au greffe, la cause est liée, et l'adversaire peut tirer de ces conclusions tel parti qu'il juge convenable. Ces principes ont été consacrés par la Cour de cassation et par la Cour de Rennes de la manière la plus expresse. Il faut prendre garde de confondre le cas où une cause doit être censée contradictoire avec le cas où la partie s'est seulement défendue par des conclusions déposées ou signifiées à avoué, et où elle a par conséquent le droit de former opposition, si elle ne plaide pas ; mais dans ces deux positions, les conclusions qui sont prises sur le fond couvrent et l'incompétence personnelle et les nullités d'exploit.

2° Dans sa note *jurisprudence* sur l'art. 173, M. Carré citait, sans le combattre, ce qui faisait supposer qu'il en admettait la doctrine, un arrêt de la Cour de Rennes, du 10 août 1808 (*J. Av.*, t. 12, p. 458). Cet arrêt a jugé que celui qui, de deux nullités, commence par en proposer une, est non recevable à proposer la seconde après le rejet de la première : pour étayer cette opinion d'un texte quelconque, on serait fort embarrassé, et cependant il ne doit pas être permis de suppléer les fins de non-recevoir ; au contraire, on peut invoquer ce qui s'est passé lors de la rédaction du Code de procédure.

L'art. 186 du projet portait : *Les exceptions, autres que celles à fin de renvoi, seront proposées conjointement et avant toute défense au fond.*

La généralité des termes de cet article disparut, et on n'appliqua la nécessité de réunir les exceptions qu'au cas où elles seraient dilatoires (Art. 186 actuel du Code de procédure). De là la conséquence toute naturelle que les nullités de procédure peuvent être successivement proposées.

Telle est l'opinion de M. Pigeau, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 411 ; ce savant jurisconsulte s'appuie sur une raison qui nous paraît également fort bonne, tirée de l'art. 338, et il décide qu'en ce cas les frais occasionnés par la seconde exception ne pourront être répétés par celui qui l'aura soulevée.

3° *Conclure à toutes fins*, après avoir proposé un moyen de nullité, serait-ce élever une fin de non-recevoir contre cette nullité ?

M. Carré a examiné cette question (*Q.* 1519), et il a présenté une distinction fondée sur un arrêt du 27 septembre 1817 (*J. Av.* t. 22, p. 349). Nous examinerons cette distinction sous l'art. 424, à la question indiquée.

Disons toutefois, 1° qu'il y aura forclusion si le moyen de nullité n'a été invoqué que dans les motifs, et n'a point été reproduit dans le dispositif des

conclusions, ainsi que l'a jugé la Cour de Toulouse, le 9 février 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 157); 2° que la partie qui, après avoir demandé la nullité d'un exploit dans une enquête, prend à l'audience des conclusions seulement sur le fond, élève contre elle une fin de non-recevoir. Dans son réquisitoire du 22 avril 1806, rapporté v° *Loi*, § 5, n° 9, M. Merlin déclare qu'en ce cas la partie a renoncé verbalement à ses premières conclusions. Le même jour la Cour de cassation consacra sa doctrine (*J. Av.*, t. 12, p. 443).

4° Nous avons décidé *suprà*, p. 217, que la constitution d'avoué, la comparution simple sans défense au fond, ne suffisait pas pour opérer fin de non-recevoir contre un demandeur en nullité.

Par application des mêmes principes, nous décidons qu'un exploit d'anticipation sur un appel est aussi inoffensif qu'une sommation d'audience, pourvu toutefois qu'il ne contienne pas des conclusions sur le fond.

Aussi approuvons-nous, avec M. Carré (*infrà*, p. 229), l'arrêt de la Cour de cassation, du 14 janv. 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 445), parce que, dans son exploit d'anticipation, l'appelant s'était exprimé en ces termes : *Pour y plaider sur ledit appel, entendre déclarer avoir été bien jugé par le premier juge, mal et sans griefs appelé; ce faisant, voir ordonner que le jugement sortira son plein et entier effet.*

5° *La partie qui, en première instance, a conclu à la nullité de l'assignation à elle donnée, et qui est intimée sur l'appel du jugement statuant sur le fond en sa faveur, peut-elle invoquer la nullité de cet exploit devant la Cour royale, après avoir pris des conclusions sur le fond même de la contestation, mais sous toutes réserves?*

Avant d'examiner cette question, nous croyons devoir poser une des espèces qui peuvent y donner lieu. Un propriétaire pratique une saisie-gagerie sur les meubles de son locataire. Un tiers, prétendant avoir la propriété des objets saisis, s'oppose à la vente, par exploit signifié au saisissant et au saisi, ainsi qu'au gardien, avec assignation libellée. Mais dans cette assignation, il n'énonce point les preuves de sa propriété, et l'exploit qu'il signifie se trouve par là frappé de nullité (Art. 608, C. p. c.). Le saisissant en demande la nullité pour cette cause, et conclut du reste à ce que l'opposition soit déclarée mal fondée. Jugement qui déboute l'opposant, attendu qu'il n'a aucun droit à la propriété des meubles saisis; mais qui, avant de statuer ainsi au fond, ne prononce rien sur le chef de conclusion tendant à faire déclarer l'opposition nulle.—Appel par l'opposant. A la première audience, il conclut à la réformation du jugement de première instance; son adversaire conclut, sous toutes réserves, à ce que la Cour mette l'appellation au néant, et confirme la décision des premiers juges.

L'intimé pourra-t-il plus tard demander, ainsi qu'il l'a fait en première instance, que l'opposition formée à la saisie par lui pratiquée soit déclarée nulle, comme non suivie d'une assignation énonçant les preuves de la propriété de l'opposant sur les meubles saisis?

Au premier abord on est tenté de déclarer qu'il le peut. Il est de principe qu'un intimé peut demander aux juges d'appel une décision sur un chef de conclusions sur lequel les premiers n'ont pas fait droit, et de quelque manière qu'il le demande, il semble qu'on doive l'accueillir; car, s'il prend la voie de l'appel incident, il sera recevable en tout état de cause (Art. 443. C. p. c.), et il le sera pareillement si l'on pense qu'il n'ait pas besoin de recourir à cette voie. L'appel principal de son adversaire lui aura donné le droit de demander la confirmation du jugement de première instance, par tous les moyens possibles, même par ceux que les premiers juges ont cru superflu d'adopter; et si parmi ces moyens il se trouve une nullité qu'ils n'avaient point examinée avant de statuer au fond, on ne voit pas pourquoi l'intimé ne pourrait pas la soumettre aux juges d'appel, devant qui la cause renaît complétement. Dès

qu'ils en sont saisis, le jugement dont on appelle n'a plus d'existence, jusqu'à ce qu'ils le confirment, s'ils pensent que les premiers juges ont bien statué. Si donc ceux-ci ont à tort omis de déclarer nulle l'opposition à la vente des meubles saisis par l'intimé, tout en lui donnant gain de cause au fond, celui-ci ne pourra-t-il pas exiger que la Cour royale prononce cette nullité avant d'entrer dans l'examen du fond, qui pour lui sera peut-être jugé autrement qu'en première instance? ne peut-il pas ajouter, qu'en demandant la confirmation pure et simple du jugement par lui obtenu, il n'a pas pour cela renoncé à la nullité que les premiers juges ont méconnue? il est vrai que, s'il avait conclu à cette confirmation purement et simplement sans réserves, il n'aurait pas droit de demander par voie d'appel incident la réformation du chef qui a rejeté, *formâ negandi*, la nullité dont il s'agit; car l'appel incident est interdit à l'intimé qui a conclu de la sorte. On devrait même, à la rigueur, ajouter qu'il ne pourrait pas, par des conclusions additionnelles, faire accueillir cette même nullité par les juges d'appel, après leur avoir demandé purement et simplement la confirmation de la sentence qu'il a obtenue; mais lorsqu'il l'a demandée sous toutes réserves, on ne pourrait lui contester ce droit, puisqu'il a la faculté d'appeler incidemment de cette sentence sur tous les chefs qu'elle contient.

Nous croyons toutefois qu'il faut décider le contraire. Nous reconnaissons bien que l'intimé peut interjeter appel incident après avoir conclu, sous toutes réserves, à la confirmation du jugement de première instance. Mais en quoi consiste ce droit? A faire statuer de nouveau, par les juges d'appel, sur les exceptions qu'il a présentées devant les premiers juges, et d'une autre manière que ceux-ci. Un pareil droit ne peut aller jusqu'à produire l'effet de pouvoir proposer un moyen de nullité après avoir plaidé au fond (1); s'il pouvait le produire, il détruirait cette règle fondamentale, que les exceptions de forme doivent être proposées *in limine litis*, et se couvrent par toutes autres que présente le défendeur. C'est là une règle commune à la procédure d'appel et à la procédure de première instance, et elle disparaîtrait en appel, si l'on permettait à l'intimé d'exciper de la nullité de l'assignation à lui donnée en première instance après avoir conclu au fond devant la Cour royale. Vainement dirait-on qu'il l'a invoquée en première instance, et qu'en concluant sur l'appel au fond, mais avec réserves, il s'est rendu recevable à la reproduire en tout état de cause; on lui répondrait que, devenu défendeur en appel par sa qualité d'intimé, il a dû, de même qu'en première instance, invoquer tous moyens de nullité avant de conclure au fond, et que ces réserves n'équivalent pas aux conclusions qu'il aurait dû porter en la forme. Ces réserves lui ont bien garanti le droit d'appeler incidemment en tout état de cause, mais elles n'ont pu changer la nature des exceptions qu'il peut invoquer. S'il en est qui consistent en des nullités de procédure, elles n'en auraient pas moins dû être présentées par lui avant toutes défenses au fond. D'ailleurs, dès que, par l'effet de l'appel principal une cause est dévolue à une Cour royale, les parties se trouvent au même état que devant les premiers juges: chacune peut invoquer les moyens qu'elle a présentés en première instance; mais elle doit les représenter dans le même ordre, parce que la procédure d'appel doit suivre la même marche que l'instruction faite dans le premier degré de juridiction (Art. 470, C. p. c.); l'intimé, qui est défendeur, devra conclure en la forme avant de conclure au fond; sinon, il aura tacitement abandonné et couvert les moyens de nullité qui militaient pour lui. Or, que ces moyens soient tirés de la procédure faite en appel par l'appelant principal, ou bien de celle qui a été faite en

(1) Ainsi jugé le 21 mars 1836, par la Cour de Rennes (*J. Av.*, t. 51, p. 686).

première instance, l'intimé qui ne les présentera pas avant tous autres sera censé y avoir renoncé et ne pourra plus les faire valoir. Telle a été sa conduite dans l'hypothèse que nous avons examinée, et telle en doit être la conséquence légale d'après les raisons que nous venons de donner.

Par les mêmes motifs, nous approuvons trois arrêts; deux de la Cour de Colmar, des 22 févr. 1812 et 18 nov. 1815; le troisième, de la Cour de Paris, du 27 fév. 1813 (*J. Av.*, t. 6, p. 699, *t.* 12, p. 486), qui ont décidé que l'intimé qui a obtenu, par défaut, un arrêt confirmatif en concluant au fond, n'est pas recevable sur l'opposition à proposer une nullité de l'acte d'appel.

Toutefois, il nous paraît résulter d'un arrêt de la Cour de cassation, du 20 févr. 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 169), que, si l'intimé se borne purement et simplement à demander son renvoi, attendu l'absence de l'appelant, sans vouloir entrer dans l'examen d'aucuns moyens de forme ou de fond, et sous toutes réserves, en cas d'opposition, de présenter tel moyen de nullité ou d'incompétence qu'il jugera convenable, aucune fin de non-recevoir ne pourra alors lui être opposée.

V. suprà, p. 22, ce que nous avons dit sur le devoir des Cours d'appel, en cas de défaut de l'appelant.

L'intimé demande alors la *permission de s'en aller*, comme l'a dit M. Boncenne, et il le peut sans danger pour lui, car le jugement qu'il a obtenu acquiert alors l'autorité de la chose jugée.

C'est ainsi qu'en première instance, si le défendeur ne conclut pas sur le fond, mais demande un congé pur et simple, il peut, sur l'opposition du demandeur, proposer toutes nullités qu'il jugera convenable, tandis que, s'il a voulu avoir un jugement sérieux formant autorité; il ne peut pas, sur l'opposition, proposer une nullité.

Pour bien saisir la nuance qui sépare ces deux positions, il est utile de lire avec attention notre question 617. Voy. aussi Q. 1571 *bis.*

6° Il y a eu controverse sur la question de savoir *si la nullité de l'acte d'appel pouvait être proposée, lorsque auparavant l'intimé avait conclu à ce que l'appel fût déclaré non recevable.* Le 29 mars 1806 (*J. Av.*, t. 12, p. 444, et *J. P.* 3e édit., la Cour de Turin a décidé que la nullité n'était pas couverte; mais le 28 févr. 1826, la Cour de Nîmes a décidé le contraire (*J. Av.*, t. 32, p. 350). Cette dernière Cour nous paraît avoir bien jugé: car autrement il faudrait admettre que ces mots *non recevable* ne présentent aucun sens.

Il est vrai de dire que, dans la pratique, ces mots expriment plutôt une exception qu'une défense sur le fond. Cependant on ne peut pas y trouver comprise la proposition formelle d'une nullité déterminée; et, comme les nullités doivent être proposées avant toutes exceptions, le vice spécial de l'acte d'appel ne pouvait pas y être compris.

7° *La partie qui a fait défaut en première instance, a-t-elle le droit de proposer en appel un moyen de nullité contre l'exploit introductif d'instance, ou un moyen d'incompétence personnelle?*

Cette question peut se présenter dans plusieurs hypothèses différentes, et elle offre quelques difficultés.

En principe, la Cour de cassation a décidé, le 10 janvier 1823, que *l'appel d'un jugement par défaut transfère à l'appelant les mêmes droits que celui du jugement contradictoire, et qu'il confère au défendeur celui de produire en instance d'appel l'exception à la demande principale qu'il aurait pu proposer en première instance* (*J. Av.*, t. 25, p. 8).

Le 15 pluviôse an 11, la Cour de Dijon (*J. Av.*, t. 19, p. 403) a posé les véritables principes d'une manière tellement claire, que nous croyons devoir transcrire ici son arrêt: « Considérant que c'était un principe généralement

admis sous l'empire de l'ancienne législation, que les moyens de nullité contre les actes de procédure pouvaient être proposés, tant en première instance qu'en appel, s'il n'y avait eu renonciation formelle ou implicite; que la renonciation s'établissait par l'acte même qui la contenait; mais qu'à l'égard de la renonciation implicite, elle ne s'induisait jamais que de la proposition des moyens du fond; que la renonciation, en ce cas, était fondée sur ce que celui qui consentait à discuter le fond de l'action était censé en approuver la forme; que cette présomption dérivait aussi d'un fait positif sans lequel, et tant que la partie était demeurée dans le silence, tous ses droits demeuraient entiers; que ces principes consacrés par une jurisprudence constante n'ont été changés ni modifiés par aucune loi ultérieure; qu'on objecte inutilement que les nullités n'étant point de droit, et les premiers juges n'ayant pas dû les suppléer, elles ne peuvent être un moyen d'appel. — La réponse est que c'est à celui qui a obtenu le jugement à s'imputer de s'être prévalu de procédures vicieuses, et d'avoir, par son silence, induit les juges en erreur, qu'en vain exciperait-on encore de l'art. 3 de la loi du 4 germinal an 2, puisque, en se pénétrant des vues de la loi, il est aisé de juger qu'elle est ici sans application; qu'à la différence des jugements rendus en première instance, dont la justice et l'intérêt social sollicitent la réformation, lorsque les droits des parties contendantes ont été méconnus, ceux rendus en dernier ressort, quelque erreur qu'ils contiennent, doivent avoir un caractère de stabilité qu'il importe essentiellement à l'ordre public de maintenir; que la cassation de ce jugement est aussi un remède extrême que le législateur a dû renfermer dans des bornes étroites, et dont l'art. 3 de la loi précitée a eu pour but de restreindre l'exercice : — que les dispositions de cet article sont donc une véritable exception au droit commun, faite uniquement pour le tribunal de cassation, et par conséquent sans application aux tribunaux d'appel. »

Mais la partie condamnée par défaut aurait-elle le même droit en appel si, en première instance, elle avait formé opposition au jugement par défaut, et si son opposition avait été déclarée non recevable faute d'avoir été réitérée par requête?

Il faut distinguer : si le défaillant, dans son opposition, conclut au fond, il nous paraît certain que cet acte, quoique irrégulier, s'oppose à toutes conclusions en nullité.

S'il déclare, au contraire, purement et simplement, s'opposer au jugement rendu contre lui, sans fournir aucun moyen à l'appui de cette opposition, on ne peut lui imputer d'avoir couvert les nullités par quelque défense ou exception. Tel est aussi l'avis de M. COFFINIÈRES, qui combat un arrêt du 17 avril 1809, de la Cour de Paris (*J. Av.*, t. 12, p. 464).

Nous ne pouvons admettre le système de la Cour d'Orléans, qui, dans un arrêt du 26 août 1812, a pensé que l'exception de nullité n'était pas couverte par une opposition extrajudiciaire motivée sur le fond, lorsque la requête contenait d'abord la demande en nullité, ensuite les moyens du fond, attendu que cette requête s'identifiait avec l'opposition (*J. Av.*, t. 12, p. 489).

Nous n'approuvons pas, également, une décision de la Cour de Douai, du 26 février 1833, de laquelle il résulte que la partie qui, dans son acte d'opposition, a conclu au fond, peut ensuite à l'audience proposer une incompétence *ratione personæ* (*J. Av.*, t. 45, p. 443).

Qu'importe que les moyens du fond soient énoncés dans les conclusions ou dans la requête d'opposition? Les moyens présentés dans l'acte d'opposition appartiennent à la cause, comme ceux qu'on propose dans les conclusions. Dans l'un et l'autre cas, c'est aux juges qu'on s'adresse, et la discussion porte sur toute la défense, il n'y a donc pas lieu à distinguer; d'ailleurs, ce serait aller contre le vœu de la loi. Pourquoi, en effet a-t-elle voulu que l'opposition fût

formée par requête et contînt les moyens de l'opposant? S'il est vrai que cet acte n'a aucune valeur, aucune importance, à quoi bon exiger impérieusement une formalité qu'on sait inutile et qui ne fait qu'augmenter les frais? Ce serait faire injure au législateur que de lui prêter une pareille intention.

On pourrait relever une contradiction entre deux arrêts rendus, l'un par la Cour d'Angers, le 11 juin 1821, l'autre par la Cour d'Aix, le 15 janvier 1825 (*J. Av.*, t. 27, p. 50, et t. 28, p. 253); mais il faut avoir soin d'observer qu'il s'agissait, dans les deux espèces, de tribunaux de commerce, et que, dans l'une, ce tribunal était incompétent d'une manière absolue, tandis que, dans l'autre, aux termes de l'art. 626 du Code de commerce, il fallait que le renvoi fût demandé.

De notre opinion il résulte nécessairement que, sur l'opposition à un jugement par défaut, les moyens de nullité ou d'incompétence peuvent être proposés; c'est ce qui a été jugé, le 23 décembre 1809, par la Cour de Bruxelles (*J. Av.*, t. 15, p. 334). Tel est aussi l'avis de MM. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 381, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 458. L'opinion de M. CARRÉ sur ces diverses difficultés a été consignée dans les *Quest.* 712 et 713.

8° M. BONCENNE, t. 3, p. 295, professe que les nullités sont couvertes par tout ce qui peut faire présumer la renonciation de celui qui aurait eu le droit de s'en prévaloir, *comme s'il a mis un garant en cause ou demandé un délai afin de l'appeler*, et il ne donne aucun développement à son opinion qu'il avait déjà émise à l'occasion de la compétence, même tome, p. 217.

Cette doctrine nous paraît trop absolue. Une distinction, déjà signalée *suprà*, *Quest.* 719, par M. CARRÉ, doit, selon nous, venir en aide à la position d'une partie assignée.

S'il lui plaît d'appeler de suite son garant en cause, même pour plaider sur le moyen de nullité, ou sur l'incompétence, qui peut, qui doit l'en empêcher? Elle n'a encore rien fait signifier à son adversaire; elle n'a donc pas défendu à son action, elle pourrait encore faire défaut; contre elle ne peut s'élever aucune fin de non-recevoir.

Après avoir assigné son garant, le défendeur veut lier la cause avec le demandeur; s'il notifie l'appel en cause du garant purement et simplement, nul doute qu'on pourra lui opposer, lorsque plus tard il présentera un moyen de nullité ou une exception d'incompétence, qu'il a déjà notifié un acte de défense (1). Si, au contraire, il commence par proposer son moyen de nullité en énonçant à la fin de son exploit qu'il a appelé en cause son garant, pour qu'il ait à soutenir concurremment avec lui ses moyens exceptionnels comme ses moyens au fond, il ne devra plus être déclaré non recevable. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 319, DEMIAU CROUZILHAC, p. 146, et PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 400, partagent cette opinion.

A plus forte raison pensons-nous que la Cour de Rennes a bien jugé, le 9 août 1819 (*J. Av.*, t. 13, p. 108), en décidant que l'action d'un associé assigné, qui appelle en cause ses coassociés, *est un envisagement étranger au demandeur,.... et qu'elle n'a pour objet que de forcer ses associés à se réunir à lui pour repousser la demande dans l'intérêt commun.*

Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé, le 7 prairial an 13 (*J. Av.*, t. 18, p. 873, et *J. P.*, 3e éd., t. 4, p. 563), que la partie assignée en reconnaissance d'une délégation ne peut proposer un déclinatoire après avoir demandé et obtenu la mise en cause d'un tiers qui a fait opposition entre ses mains.

---

(1) Ainsi jugé le 13 juillet 1822, par la Cour de Limoges (*J. Av.*, t. 24, p. 232). C'est ce qui paraîtrait aussi devoir résulter d'un arrêt de la Cour de Toulouse du 29 avril 1822, (*J. Av.*, t. 24, p. 127).

Toutefois nous n'approuvons pas un arrêt de la Cour de Paris, du 14 pluv. an 11 (*J. Av.*, t. 12, p. 434) lequel a décidé qu'avant de proposer une nullité, le défendeur pouvait demander la mise en cause de tous les cohéritiers du demandeur. En rapportant cet arrêt, t. 3, p. 131, les rédacteurs du nouveau *Journal du Palais* pensent comme nous, que l'art. 173 ne permet plus le doute.

8° La signification d'un jugement est presque toujours d'une haute importance ; elle fait courir des délais ; ces délais expirés, des déchéances sont acquises contre la partie à laquelle a été faite cette signification. Ici devient applicable cet axiome banal tant de fois ridiculisé et qui cependant est si vrai, que *la forme emporte le fond.*

Il est donc fort important de bien préciser l'époque à laquelle cette signification, tout incomplète ou irrégulière qu'elle serait, deviendra inattaquable.

Deux systèmes sont présentés par la doctrine et la jurisprudence.

Dans les notes de sa jurisprudence sous l'art. 456, M. Carré cite un arrêt de la Cour de Rennes, du 5 avril 1814, qui a décidé que l'intimé pouvait invoquer la nullité de la signification du jugement de première instance, quoique, dans le cours de l'instance, il n'en eût pas parlé (*J. Av.*, t. 12, p. 495), et il adopte le motif de cet arrêt en disant : *c'est en effet que le défaut de notification est essentiellement différent d'une simple nullité d'exploit, qui peut être couverte par le seul silence.*

D'un autre côté, trois Cours royales ont pensé que l'appréciation de cette fin de non-recevoir était une question de fait ; ainsi, la Cour de Limoges a décidé, le 15 novembre 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 206), que la nullité était couverte lorsqu'on avait parlé sans aucune réserve de la signification dans l'acte d'appel, et qu'on avait pris ses conclusions au fond ; la Cour de Grenoble, le 16 août 1826 (*J. des Arr.* de cette Cour, 1826, p. 112), qu'on devait, par le même motif, déclarer la demande en nullité non recevable, lorsque l'appelant avait défendu aux nullités de son acte d'appel ; et enfin la Cour de Bourges, le 28 avril 1832 (*J. des Arr.* de cette Cour, t. 11, p. 212), que la signification d'un jugement par défaut ne pouvait pas être attaquée devant la Cour, lorsque, sur l'opposition en première instance, la nullité n'avait pas été proposée.

Nous n'adoptons pas la raison donnée par la Cour de Rennes, à savoir que la nullité d'une signification de jugement n'est pas une nullité d'exploit.

Mais nous éprouvons plus d'embarras pour décider quand cette nullité sera couverte.

On ne peut poser en principe que tout acte, toutes conclusions qui suivront cette signification, élèveront une fin de non-recevoir par application de l'article 173.—Ce système serait absurde par deux raisons : la première, que l'article 173 suppose une défense, conséquence de l'acte argué de nullité, tandis qu'un plaideur peut n'avoir nul intérêt à se préoccuper d'une signification qu'il n'a pas besoin d'attaquer ; la seconde, que cette signification faite à un autre domicile que le sien peut lui être complètement inconnue.

Il nous paraît donc impossible de se rattacher à une règle absolue, invariable ; tout dépendra des faits et circonstances de la cause, comme nous l'avons dit, p. 209, à l'occasion des délais. Ce sera aux magistrats à distinguer les cas où le vice de la signification, et la signification elle-même auront été l'objet d'un examen de la partie qui, plus tard, en désespoir de cause, viendra proposer un moyen de nullité.

On ne peut pas se dissimuler que la partie qui a reçu la signification, n'a intérêt à en demander la nullité qu'autant qu'on lui oppose cette signification. Ainsi son silence ne peut suffire ; il faut, au contraire, un acte d'une volonté clairement exprimée.

Sect. 2e. OU EXCEPTIONS AUTRES QUE LES EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE... Quelques difficultés peuvent s'élever sur l'ordre dans lequel les exceptions en général doivent être proposées ; nous les avons déjà examinées sous l'art. 166, *Quest.* 704 ; voyez aussi les *Quest.* 742 et 743. **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 151 et s.

740. *Quelles sont, en général, les precautions que l'on doit prendre pour éviter de couvrir des nullités d'exploit ou d'actes de procédure* (1) ?

En posant cette question, nous sommes bien éloigné de vouloir offrir des moyens de succès à la chicane ; nous pensons, comme M. DEMIAU CROUZILHAC, pag. 142, qui, dans son utile ouvrage, ne laisse échapper aucune occasion de signaler les abus que l'on peut faire des formalités de la procédure, et de louer au mépris ceux qui s'en rendent coupables ; nous pensons, comme lui, qu'il est du devoir des avocats de ne faire usage des exceptions dont il s'agit dans l'art. 173, qu'autant que la nullité pourrait avoir, dans une cause qui ne fût pas sans mérite au fond, une influence préjudiciable, ou lorsqu'ayant des moyens pour faire réformer une décision injuste, l'on eût négligé de se pourvoir, etc. (2).

C'est en supposant qu'une partie n'opposera des moyens de nullités qu'en semblable circonstance, que nous allons réunir les décisions d'où l'on pourra déduire, ainsi que de celles qui sont indiquées sous l'art. 61, les précautions qui sont l'objet de la présente question ; décisions desquelles nous croyons pouvoir induire, comme règle générale, que les actes par lesquels se couvre une nullité d'exploit ou d'acte de procédure, sont tous ceux par lesquels on opposerait une autre exception, ou qui auraient directement ou indirectement trait à une défense au fond, encore bien que l'on eût indéfiniment réservé, en termes vagues et généraux, *toutes nullités d'exploit*, etc.

Cette règle est en effet prouvée par les arrêts suivants :

1° *De cassation*, du 26 juillet 1808 (*S.* t. 8, 1re part., p. 500, et *J. Av.*, t. 12, p. 455), qui déclare que les nullités consignées dans un acte de conclusions ne sont pas couvertes par de simples actes d'instruction, qui n'ont été précédés d'aucun écrit auquel la qualification de défenses pût convenir, et qui d'ailleurs sont, comme une présentation (ou constitution d'avoué), nécessaires pour régulariser la procédure.

2° *De Paris*, du 19 août 1808 (1re et 2e chamb. réun., *S.*, t. 9, 2e part., p. 11,

---

(1) [Les divers arrêts qui sont cités par M. Carré, ont été examinés par nous dans la discussion générale à laquelle nous nous sommes livré sous la *Quest.* 739 *bis*. Nous avons également exposé notre opinion, et nous croyons inutile de la rapprocher, autrement que par des renvois, de celle de M. Carré.]

(2) C'est par ces considérations que la Cour de Colmar, par arrêt du 23 janvier 1818 (*S.* t. 20, 2e part., p. 180, et *J. A.* t. 1, p. 511), a jugé que les nullités d'exploit résultant de l'omission du nom, de la demeure et de l'immatricule de l'huissier, ne doivent pas être prononcées avec rigueur, lorsque le vice n'est que sur la copie, lorsqu'il n'a porté aucun préjudice à l'assigné, lorsque celui-ci a affecté de ne dénoncer l'irrégularité qu'après le tems où elle aurait pu être réparée. Par suite, l'arrêt décide que, si l'assigné n'a excipé de l'irrégularité qu'après avoir donné un avenir pour plaider, il y a lieu de lui opposer qu'il a plaidé au fond, et de le déclarer non recevable à exciper de la nullité de l'exploit. Ce que nous avons dit ci-dessus n'est qu'un conseil adressé à la délicatesse des parties et de leurs conseils ; mais nous croyons l'arrêt de Colmar par trop indulgent : la maxime *malitiis non est indulgendum* n'autorise point le juge à rejeter une nullité que la loi prononce, et certes, celui qui donne avenir *pour plaider* n'a pas encore plaidé au fond, et ne peut avoir couvert une nullité.

J. P. 3e édit. t. 7, p. 100 et *J. Av.*, t. 12, p. 449). Il décide que, toutes les nullités d'exploit ou d'actes de procédure étant couvertes si elles ne sont proposées avant toutes défenses ou exceptions, et en général avant toute procédure ultérieure, on ne peut faire valoir en tout état de cause les nullités relatives, indéfiniment réservées à la fin d'un acte de défenses ou de tout autre équivalent. En effet, une simple réserve, conçue en termes vagues et généraux, n'équivaut point à une proposition formelle exigée par la loi.

3° *De Rennes*, des 31 juillet 1810 (*Journ. des Arrêts* de cette Cour, t. 1, 343), et 8 janvier 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 447 et 449). Ils ont déclaré qu'en concluant vaguement à la nullité d'un exploit, sans en préciser ni articuler l'objet et les moyens, et en défendant ensuite au fond, le défendeur avait couvert toute nullité de cet acte.

4° *De Cassation*, du 10 janvier 1810 (*S.*, t. 10, p. 122). Il a prononcé qu'en concluant, purement et simplement, à la confirmation du jugement dont est appel, l'intimé n'a pas virtuellement conclu à la nullité de l'acte, et devient conséquemment non recevable à proposer ultérieurement cette nullité, encore bien que l'exception soit péremptoire, en ce sens que l'appelant ne serait plus dans les délais pour émettre un autre appel (*J. Av.*, t. 1, p. 14).

5° *De Cassation*, du 30 janvier 1810, et *de Rennes*, 19 août 1807 (*J. Av.*, t. 12, p. 462). Ils ont prononcé que les nullités d'exploit sont couvertes par une simple demande en communication de titres; et *de Rennes* encore, 25 septemb. 1815, qui applique cette décision au cas même où la communication n'a pas eu lieu sur la demande qui en a été faite.

6° *De Bruxelles*, du 4 décembre 1807. Il décide que la demande d'introduire appel par urgence ne couvre point la nullité d'un acte d'appel (*S.*, t. 7, 2e part., p. 763, et *J. Av.*, t. 12, p. 453).

7° *De Cassation*, du 14 janvier 1807. Il prononce que la nullité serait couverte si, dans l'exploit d'anticipation d'appel, l'intimé s'était, au contraire, borné à conclure au fond (*S.*, t. 7, 2e part., p. 61, et *J. Av.*, t. 12, p. 445).

8° *Même Cour*, 23 mai 1808. Il déclare que la simple sommation d'audience n'opère pas une reconnaissance tacite que l'appel soit recevable (*S.*, t. 8, 1re part., p. 294, et *J. Av.*, t. 12, p. 452).

9° *Même Cour*, 6 novembre 1811. Il statue que, dans le cas où une nullité d'exploit a été proposée avant toute défense et exception, les tribunaux ne peuvent la déclarer couverte, sous prétexte qu'elle n'a pas été indiquée formellement par un acte spécial d'avoué à avoué (*S.*, 1812, 1re part., p. 226, et *J. Av.*, t. 12, p. 481).

10° En matière d'enregistrement, les irrégularités de la signification d'une contrainte sont couvertes par l'opposition uniquement motivée sur des moyens tirés du fond (*Cassat.*, 7 août 1807, *S.* t. 7, 2e part., p. 750) (1).

---

(1) Telles sont les décisions à l'aide desquelles il nous semble qu'on peut prévenir la déchéance d'une nullité d'exploit ou d'acte de procédure.

NOTA. Mais nous rappellerons ce que nous avons dit sur la *Quest.* 716, que constituer simplement un avoué sur une demande, ou signifier un avenir pour plaider la cause, n'est pas fournir des défenses, ni, par conséquent perdre le droit d'opposer valablement à l'audience les moyens de nullité contre l'assignation. Outre les autorités que nous avons rapportées à ce sujet, pag. 178, à la note, on peut lire les observations des rédacteurs du *Journal du Palais*, sur l'arrêt de la Cour de Paris, du 19 août 1808, ci-dessus rapporté, n° 740 (*S.* t. 9, p. 11, et *J. Av.*, t. 12, p. 450).

741. *Un avocat qui plaiderait au fond, au lieu de plaider dans la forme sur une nullité proposée par requête, rendrait-il sa partie non recevable à se prévaloir de cette nullité?*

La négative a été jugée par arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 30 mai 1810 (*S.*, t.10, 1re part., p. 281, et *J. Av.*, t.12, p. 476). On a considéré que, l'intimé ayant pris des conclusions par requête dûment signifiée, à l'effet de demander la nullité de l'acte d'appel, c'était sous la foi de ces conclusions que les parties avaient plaidé à l'audience; que rien ne justifiait que l'intimé eût renoncé à des fins aussi importantes pour lui; enfin, qu'on ne pouvait l'induire de ce qu'il aurait répondu au fond, puisque, dans l'espèce, le fond avait été l'objet de la plaidoirie de l'appelant, qui avait parlé le premier.

On peut, à plus forte raison, conclure de cet arrêt que l'intimé qui, en cause d'appel, n'oppose la nullité de l'exploit qu'après les plaidoiries de l'appelant, ne l'a pas couverte; question que nous avons entendu agiter en consultation, mais que les jurisconsultes appelés à donner leur avis résolurent de la manière qu'indique la décision que nous venons de rapporter.

Dans la plaidoirie, l'avocat peut développer certaines parties de la cause et en négliger d'autres qui lui paraissent moins importantes; ce ne sont pas ses paroles qui sont consignées dans les qualités, ce sont les conclusions contradictoirement prises à l'audience, qui fixent et déterminent le litige.

Son langage ne peut donc jamais élever de fin de non-recevoir contre son client.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 462, en rapportant l'arrêt de 1810, ajoute que l'état du litige est fixé bien moins par les plaidoiries que par les conclusions, et on peut encore étayer ce système d'un arrêt rendu, le 7 août 1811, par la Cour de cassation, et donné par M. MERLIN en note, v° *Saisie immobilière*, § 6, art. 2, n° 11. M. Merlin rapporte également ses conclusions conformes.

Toutefois, il ne faudrait pas aller jusqu'à dire qu'en aucun cas la plaidoirie de l'avocat ne peut causer aucun préjudice aux moyens de forme, et nous approuvons un arrêt du 14 décembre 1833, de la Cour de Bordeaux, rendu en ces termes : (*Journ.* de cette Cour, t. 8, p. 654.)

« Attendu que, s'il est constant que Poitevin-Loubeau, fils, avait primitivement conclu à ce que les deux délibérations du conseil de famille, sous la date des 18 mai et 3 juin dernier, fussent déclarées nulles et de nul effet, il est aussi établi dans le point de fait du jugement dont est appel, que Me Salmon, défenseur dudit Poitevin-Loubeau, déclara, au nom de son client, renoncer à ce chef de ses conclusions primitives, et s'en référer aux moyens énoncés en celles prises subsidiairement sur la barre; que l'avoué de Poitevin-Loubeau, en ne formant pas opposition aux qualités d'instance, ainsi qu'il en avait la faculté, aux termes de l'art. 144 du Code de procédure civile, reconnut, par son silence, que le débat avait été circonscrit dans les moyens du fond; que, l'exposé des faits ayant été respectivement adopté sans réserve, l'appelant est aujourd'hui non recevable à invoquer, devant la Cour, de prétendues nullités abandonnées devant les premiers juges. »]]

742. *Si l'on oppose une nullité d'exploit avant une exception déclinatoire a-t-on couvert cette exception?*

C'est ce qui résulte évidemment de la combinaison des art. 169 et 173. Tout défendeur se soumet à la juridiction du tribunal devant lequel il est indûment assigné, lorsqu'au lieu de proposer d'abord son exception déclinatoire, il se retranche dans une nullité d'exploit.— (Voy. au *Nouveau Répertoire*, au mot

Compte, t. 2, p. 683, le requisitoire de M. Merlin sur un arrêt du 14 octobre 1806, *J. Av.*, t. 18, p. 875.)

[[Cette question et la suivante ne peuvent pas souffrir la moindre difficulté. Voyez ce que nous avons déjà dit à la question 704.]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 32, 33.

743. *Mais si la partie, au lieu de proposer ses moyens de nullité contre l'appel, se bornait à coter un déclinatoire, aurait-elle couvert cette nullité?*

Sur cette question, une Cour s'est prononcée pour l'affirmative, « attendu, lit-on dans les considérants de son arrêt, qu'il résulte de l'opposition du déclinatoire, que la partie avait couvert volontairement la nullité dont elle argumentait, et qu'elle eût dû proposer *in limine litis.* »

Nous croyons que le texte même de l'art. 173 rejette cette décision, puisqu'il porte que toute nullité d'exploit n'est couverte qu'autant qu'elle n'est pas proposée avant toutes défenses ou exceptions *autres que les jugements d'incompétence :* donc le déclinatoire doit être opposé le premier, et ne peut rendre une partie non recevable dans la nullité d'exploit qu'elle ferait valoir après le rejet de son déclinatoire. Cette conséquence est évidente par elle-même; elle ne serait pas aussi frappante, qu'elle le deviendrait par l'arrêt cité sur la précédente question. Et d'ailleurs, n'impliquerait-il pas qu'avant d'avoir présenté l'exception d'incompétence, l'on soumît au tribunal une décision à rendre sur une nullité d'exploit?

[[Même observation qu'à la question précédente.]]

744. *Une nullité qui résulterait de ce que l'exploit d'ajournement ne contiendrait pas constitution d'avoué, mais seulement élection de domicile chez un des avoués du tribunal devant lequel le défendeur est ajourné, serait-elle couverte par la notification qui aurait été faite à cet avoué de la constitution de celui du défendeur*(1)*?*

Nous avons dit sous l'article 61, que l'élection de domicile chez un avoué militant près le tribunal où l'exploit ajourne le défendeur, ne peut suppléer au défaut de constitution. La Cour de Rennes, 1re chambre, par arrêt du 26 avril 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 474), a décidé, relativement à un acte d'appel, que la nullité résultant de ce défaut avait été couverte par la notification de l'acte de constitution de l'avoué de l'intimé à l'avoué chez lequel le domicile était élu.

Mais il faut remarquer que l'intimé, dans la notification de cet acte, avait donné à l'avoué la qualification d'avoué de l'appelant : d'où résultait qu'il lui reconnaissait cette qualité, ce qui couvrait évidemment la nullité.

On croirait peut-être pouvoir objecter, contre cet arrêt, que la constitution d'avoué, ainsi que nous l'avons dit sur les 716e et 740e questions, ne saurait couvrir les nullités; mais nous répondons que ce principe, vrai en lui-même, est de nature à recevoir exception dans tous les cas particuliers où l'acte de constitution ôterait par lui-même tout fondement à la nullité. Tel était, par exemple, celui sur lequel la Cour de Rennes avait à prononcer. Il est évident qu'en cette espèce, la constitution de l'avoué de l'intimé faisait tomber la nullité résultant du défaut de celle de l'appelant dans l'acte d'appel, puisque le premier, dans la notification de la sienne à l'avoué chez lequel le second s'était borné à faire élection de domicile, désignait celui-ci comme avoué de l'appelant, et conséquemment lui reconnaissait cette qualité. D'ailleurs, l'acte était conçu comme d'avoué à avoué, et cela suffisait, dans notre opinion,

(1) [*V. infrà*, la quest. 753, et *suprà*, notre quest. 739 *bis.*]

pour couvrir la nullité dont il s'agissait dans l'espèce. — (*V. Journal des arrêts* de la Cour de Rennes, t. 1, p. 114.)

745. *Lorsqu'une exception péremptoire en la forme est soumise à un tribunal, doit-il prononcer à son sujet par une décision préalable à celle à rendre sur le fond?*

Nous pourrions citer des exemples récents de jonctions de nullités au fond, mais un arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 5 mars 1810, (S., t. 10, 1re part., p. 222, et *J. Av.*, t. 12, 429), avertit les juges qu'ils ne peuvent prononcer une telle jonction, lorsque la nullité est péremptoire *en la forme.*

En effet, une demande en nullité d'un acte de procédure présente une question de forme; or, le fond est toujours subordonné à la forme: donc, quand il existe une demande de cette espèce, le tribunal doit y faire droit préalablement. Ainsi, dans le cas où il admettrait la nullité, il doit y borner les dispositions de son jugement, et ne point s'occuper du fond de la cause; de même que, s'il rejetait cette nullité, il devrait, s'il prononçait sur le tout, déclarer d'abord la nullité mal fondée, et ensuite prononcer au principal.

Dans ce dernier cas, il serait prudent qu'après avoir rejeté la nullité, le tribunal ordonnât à la partie qui l'aurait opposée de plaider au fond, si elle ne l'avait pas fait. (*V. Quest.* 757.) Nous dirions plus : il conviendrait qu'il prononçât par jugement séparé, et sur le fond, après huitaine, comme nous l'avons déjà dit à l'égard des déclinatoires, si l'affaire était sujette à l'appel au fond.

On remarquera que, si nous disons qu'il conviendrait de procéder de la sorte, et non pas que cela soit rigoureusement nécessaire, c'est que nous ne trouvons pas dans le Code de dispositions sur les nullités qui paraissent imposer cette obligation, comme l'art. 172 nous a paru l'avoir fait, à légard des jugements rendus sur la compétence.

[[L'opinion que nous avons émise *sup.*, p. 197, *Quest.* 735, indique assez que nous ne pouvons pas admettre une nullité résultant de ce qu'il a été décidé sur l'exception et le fond par un seul jugement ; ajoutons que l'arrêt de 1810, que cite M. Carré, a été rendu sous l'empire de l'ordonnance de 1667, qui contenait une disposition formelle que le Code de procédure n'a pas reproduite.]]

Supp. alph, V° *Exception*, n. 24, 25.

746. *Comment s'applique la disposition de l'art.* 173 *aux nullités d'actes de procédure autres que celles des exploits d'ajournement?*

Nous posons cette question, parce qu'il est possible que des personnes peu versées dans la pratique, ne conçoivent pas d'abord qu'il arrive un cas où la nullité d'un acte de procédure, autre qu'un exploit d'ajournement, puisse être proposée *avant toutes défenses et exceptions.*

Mais nous observerons que l'art 173 peut recevoir son application relativement à un acte de procédure postérieur à l'ajournement, toutes les fois que, sur cet acte, une partie agit de manière à faire supposer nécessairement qu'elle le regarde comme valable.

C'est ainsi, par exemple, 1° que la Cour de Rennes a décidé, le 12 janvier 1821 (*V. J. des Arr.* de cette Cour, t. 1, p. 9, et *J. Av.*, t. 11, p 176), qu'une nullité d'enquête fondée sur ce que le délai donné au défendeur pour être présent à l'audition des témoins, n'avait pas été augmenté à raison de la distance du domicile de celui-ci, était couverte, aux termes de l'art. 173, par la plaidoirie *au fond*, c'est-à-dire par la plaidoirie sur les faits qui faisaient l'objet de l'enquête. [[Nous examinerons, à la *Question* 1022, tous les cas où une nullité d'enquête peut être couverte.]]

2° Que la même Cour a jugé, avec raison, le 4 février 1826, que celui qui fait usage d'un rapport d'experts, n'est plus recevable à l'arguer de nullité pour vice de forme (*J.* de cette Cour, t. 7, p. 61).

En ce cas et autres semblables, qu'il serait oiseux de rapporter, *le fond*, dans le sens de l'art. 173, est le fait qu'il serait inutile d'examiner, si l'acte de procédure qui renferme une nullité n'existe pas. Or, prendre des conclusions sur ce fait, plaider sur ce qui suit l'acte nul sans en avoir préalablement opposé la nullité, c'est avoir couvert celle-ci.

Mais ce que nous disons ici ne doit toutefois s'entendre que des nullités relatives, et non de celles que l'on peut appeler *nullités absolues*, et qui sont de véritables moyens de droit. Nous croirions, par exemple, que l'on ne serait pas privé, en tout état de cause, et même sous l'appel, du droit d'opposer la nullité de la déposition d'un homme mort civilement, d'un époux contre son épouse, etc. (1).—(*V.* art. 268.)

[[*V. suprà*, p. 206, notre *Quest.* 739 *bis*, § 1er.]]

747. *Le juge peut-il prononcer d'office les nullités d'exploit ou d'actes de procédure ?*

En général, la nullité d'un exploit ou d'un acte de procédure est relative, c'est-à-dire établie dans l'intérêt de la partie à qui l'acte qui contient cette nullité est signifié. Si donc cette partie ne demande point de suite la nullité de l'acte; si, au contraire, elle produit des moyens au fond, on agit de la même manière que si l'acte était régulier, la nullité est couverte; voilà ce qui résulte évidemment de la disposition de l'art. 173.

De là suit évidemment qu'un tribunal ne peut, dans le silence de la partie intéressée, prononcer d'office la nullité des exploits ou actes de procédure (2).

[[*V.* notre observation sur la *Quest.* suivante.]]

---

(1) Il convient de rappeler que les nullités d'exploit ou d'actes de procédure, comme nous l'avons déjà dit, ne sont péremtoires que de la forme et non du fond ; leur effet, lorsqu'elles sont admises, est donc simplement d'anéantir l'action ou la procédure ; et, si nulle prescription ne s'est accomplie depuis la demande, rien n'empêche qu'on n'en forme une seconde.

Par la même raison, toute partie qui s'aperçoit de quelque nullité dans la procédure, peut, *s'il en est encore temps*, faire signifier un nouvel acte à la place de celui qu'elle croit nul, avec déclaration qu'elle se désiste du premier, dont les frais resteront à sa charge. Cette précaution, dont le but ordinaire est d'économiser le temps et les frais, devient particulièrement nécessaire lorsqu'on est menacé d'une prescription prochaine.—(*V.* nos *Quest.* sur les art. 402 et 403.) [Nous renvoyons également à ces articles l'examen de la difficulté soulevée dans la note de M. Carré.]

(2) Il ne faudrait pas conclure de cette solution, que les juges ne peuvent suppléer les moyens de droit que les parties n'auraient pas fait valoir ; non seulement ils le peuvent, mais ils le doivent, d'après les faits articulés et constants dans la cause, à la différence des moyens relatifs à un point de fait. La Cour suprême l'a ainsi décidé, par arrêt du 6 juill. 1818 (*S.* t. 18, p. 334.) (*V.* aussi BERRIAT SAINT-PRIX, p. 251.) Mais il n'en est pas de même des exceptions, en tant qu'elles ne tiennent qu'à l'intérêt privé; la raison en est qu'elles sont autant de dérogations faites aux règles du droit commun pour des cas particuliers, et sous la condition que les parties intéressées devront nécessairement les proposer.

Il est néanmoins des cas où le juge peut prononcer d'office des nullités d'exploit; c'est lorsque cette nullité n'est qu'une conséquence nécessaire d'une incompétence matérielle du juge devant lequel, par exemple, une assignation aurait été donnée. C'est ainsi que, par arrêt du 29 avril 1818, la Cour de cassation a décidé que l'on pouvait suppléer la nullité d'une assignation donnée en référé, dans un cas où le tribu-

748. *Mais si l'on suppose que la partie intéressée à opposer une nullité ne comparaisse pas, et qu'il y ait lieu conséquemment à rendre jugement par défaut, le juge ne devra-t-il pas suppléer la nullité?*

Pour l'affirmative de cette question, on dirait que le défaut emporte contestation; que la loi veut (art. 150) que le défendeur ne soit condamné qu'autant que la demande est trouvée juste et bien vérifiée; que, par conséquent, le juge, en l'absence de la partie, doit suppléer, tant sur la forme que sur le fond, tous les moyens qu'il aperçoit, et dont il peut raisonnablement présumer que la partie se prévaudrait, si elle était présente.

Mais nous répondons que ce principe que le défaut emporte contestation, ne s'applique qu'au principal; qu'il est défendu au juge de suppléer les nullités d'exploit et d'actes de procédure, ainsi que toutes autres exceptions qui ne sont établies que dans l'intérêt privé; que ces propositions se prouvent,

Premièrement, par l'art. 173, puisqu'il dispose que les nullités d'exploit ou d'actes de procédure se couvrent par le silence de la partie intéressée à les opposer;

Secondement, par le principe que les nullités ne sont point favorables; principe qui résiste évidemment à ce que l'on suppose que le défaillant les eût fait valoir, s'il se fût présenté, et qui exige, au contraire, que l'on présume qu'il ne l'eût pas fait

Nous croirions néanmoins que le juge pourrait suppléer la nullité d'un exploit qui ne porterait pas la preuve qu'il eût été notifié à la partie, parce que l'on pourrait imputer son absence à ce défaut de notification.

Ces raisons, quoiqu'elles ne soient appuyées de l'opinion d'aucun auteur, de l'autorité d'aucun arrêt, nous semblent déterminantes pour la négative de la question que nous nous sommes proposée.

Au reste, le défaillant ne pourrait jamais éprouver préjudice de ce que les nullités dont parle l'art. 173 n'eussent pas été suppléées par le juge; son défaut ne les couvre point, et nous avons dit qu'il pouvait les produire sur l'opposition, en les indiquant dans sa requête. (*V. Quest.* 567, 586 et 587.) (1).

[[S'il nous paraît incontestable comme à M. Carré (*Question* précédente), que les nullités qu'a couvertes une partie, en défendant au fond, ne peuvent

---

nal entier devait connaître de la contestation. Et, en effet, la nullité d'une semblable assignation intéresse l'ordre public et la compétence des tribunaux, et il s'ensuit qu'elle peut être relevée en tout état de cause et même d'office, suivant les propres termes de l'art. 173. — (*S.* t. 20, 1re part., p. 376; et *J. Av.*, t. 5, p. 351.)

(1) Rodier a dit néanmoins, dans sa seconde observation sur l'art. 16 du tit. 2 de l'ordonnance: *On doit comprendre que le demandeur ne pourrait obtenir valablement défaut sur un original défectueux.* D'un autre côté, un arrêt de la Cour de cassation, du 23 messidor an 9 (*S.*, t. 1, p. 465) a décidé, sur l'art. 3 du tit. 5 de l'ordonnance, *qu'il ne suffisait pas que la partie fît défaut pour qu'il fût permis au juge de prononcer une nullité sans vérification*: c'est bien admettre qu'après vérification les juges peuvent prononcer une nullité. Or, aujourd'hui, d'après l'art. 150, les tribunaux sont tenus de *vérifier*, comme ils l'étaient sous l'empire de l'ordonnance.

Nous remarquerons qu'il ne s'agit point ici, comme dans la question suivante, de suppléer un fait, mais un moyen de droit, puisque toutes les exceptions de procédure ne peuvent être fondées que sur un texte de la loi (art. 1030). Or, les juges sont obligés de vérifier la demande: ils sont donc autorisés nécessairement à vérifier l'acte qui l'introduit. Voilà, sans déguisement, les raisons également très fortes que l'on peut opposer contre la solution ci-dessus donnée, et dans laquelle nous croyons néanmoins devoir persister, par les motifs que nous avons exposés.

être suppléées d'office par le juge, il ne nous semble pas moins certain qu'en cas de défaut du défendeur, les juges peuvent et doivent même examiner la régularité de l'assignation. Nous avons développé notre opinion à la question 616.]] **Supp. alph.**, V° *Exception*, n. 141.

749. *Mais du moins le tribunal pourrait-il, sans annuler précisément l'exploit, se refuser à donner défaut, et ordonner un réassigné, par le motif que, la partie n'ayant pas été citée à son domicile, elle n'aurait pas eu le temps de comparaître?*

Nous ne le pensons pas, attendu que le tribunal jugerait, en ce cas, une question de fait qu'il ne peut suppléer. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 475.) D'ailleurs, d'après l'art. 149, il doit donner défaut si la partie ne comparaît pas au jour fixé par l'assignation. C'est au jour auquel expire le délai de cette assignation, d'après la distance du domicile qu'elle indique, que le défaut doit être donné, et non pas à tel autre jour qu'emporterait un tout autre domicile, que le tribunal, sans y être provoqué, déclarerait être celui du défendeur (1).

[[Cette solution est d'une évidence telle que la controverse ne serait pas permise.]]

750. *Une partie peut-elle d'elle-même, et sans qu'il intervienne jugement, remédier aux nullités d'un exploit, ou à celles d'un acte de procédure?* [[*Quid d'un huissier commis pour faire un acte spécial?*]]

Oui, sans doute; et c'est aussi ce qu'attestent tous les auteurs.

Ainsi, pour prévenir les frais d'actes ultérieurs, dont la nullité serait infailliblement prononcée à raison de celle de l'acte auquel ils se rattacheraient, une partie qui découvre, ou qui, sur l'exception que son adversaire oppose, reconnaît la nullité de l'exploit ou de l'acte de procédure signifié à sa requête, peut et doit en notifier un autre; elle ne perd que les frais du premier, et s'épargne ainsi ceux de la procédure qui en serait la suite. (*V.* les *Quest.* suiv., et celles traitées sur l'art. 156.) (2)

---

(1) Si nous avons dit, sur la question 225 de l'Analyse, rappelée *suprà* n° 321, que le tribunal pouvait ordonner un réassigné quand les délais n'ont pas été observés, nous n'avons entendu parler que pour les cas où les délais qu'exige le domicile indiqué par l'exploit n'ont pas été observés, et non pas pour celui où il y aurait à prononcer sur *le fait* du domicile.

(2) Mais on remarquera que ce serait bien inutilement qu'on renouvellerait de la sorte un exploit d'appel, si les délais fixés par l'art. 443 étaient expirés.

En cette circonstance, l'exception, bien que de sa nature elle ne soit que péremptoire en la forme, prend, par les effets qu'elle doit produire, le caractère d'une exception péremptoire, non-seulement de l'instance, mais de l'action même, à la seule différence que, si l'intimé plaidait au fond sans l'opposer, il deviendrait non recevable à le faire ultérieurement.

Nous devons faire remarquer ici qu'il a été décidé, par arrêts de la Cour de cassation, des 10 avril 1807 (*J. Av.* t. 12, p. 447), et 17 novembre 1813 (*S.*, t. 7, 2e p. p. 243, et t. 14, p. 25), que l'inobservation de certaines formalités prescrites à peine de déchéance de l'action, ne peut être couverte, et peut être proposée en tout état de cause. Mais, d'un côté, ces décisions ont été rendues en matière de droits réunis, et par application des lois spéciales qui régissent cette matière, et par conséquent, on ne doit pas en tirer rigoureusement une conséquence pour le cas ordinaire : d'un autre côté, en admettant le principe sans distinction, les décisions ci-dessus rapportées ne peuvent être opposées contre la restriction qui termine la solution de la question ci-dessus, dont l'inobservation emporte la déchéance, si l'appel n'est pas l'effet de la nullité de l'acte, mais de l'expiration des délais, qui ne permet plus de renouveler l'acte d'appel.

[[Il faut rapprocher cette opinion, qui nous paraît incontestable, des questions qui sont traitées au titre du *Désistement.*

M. BONCENNE, t. 3, p. 266, pense également que l'acte peut être refait, *à moins que dans l'entretemps le droit que l'on voulait exercer n'ait été atteint par la* fatalité *d'une prescription ou de quelque déchéance particulière.*

Mais un arrêt du 26 novembre 1810, de la Cour de cassation (*J. Av.*, t. 8, p. 583), a jugé une question qui semble plus délicate, en décidant qu'un huissier commis pour faire une signification peut, sans nouvelle commission, recommencer son exploit lorsqu'il reconnaît que le premier est entaché d'une nullité. Nous nous soumettons à l'autorité de cet arrêt, en nous fondant sur les raisons nombreuses développées par M. MERLIN dans son réquisitoire (*Répertoire*, V° *Signification*, n° 12.) Ce savant jurisconsulte a voulu prouver, comme il le dit lui-même, que l'arrêt de la Cour royale, dont il demandait la cassation, non-seulement était *souverainement déraisonnable, mais était en opposition diamétrale avec la loi*

Cependant nous n'irons pas jusqu'à décider qu'un huissier puisse, après avoir signifié, en vertu d'une commission, un jugement de contrainte par corps, faire valablement une nouvelle signification; et nous approuvons un arrêt de la Cour de Rennes, du 28 décembre 1814, qui a annulé une seconde signification dans ces circonstances, attendu que les pouvoirs de l'huissier étaient expirés après un commandement régulier, quoiqu'il fût tombé en péremption. (*J. Av.*, t. 8, p. 633.)]]

751. *Quelles sont les règles à suivre relativement aux* EXCEPTIONS PÉREMPTOIRES DU FOND, *ou, en d'autres termes*, AUX FINS DE NON-RECEVOIR?

Nous avons dit, p. 152, en quoi consistaient ces sortes d'exceptions, qui, toujours fondées sur des moyens de droit et non de forme, sont, sous ce rapport, des moyens du fond ou de véritables défenses, et peuvent conséquemment être proposées en tout état de cause, à moins qu'on n'eût renoncé à celles d'entre elles qui ne tiendraient qu'à l'intérêt privé. — *V.* DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 85; THOMINE, éd. in-8°, p. 11; le *Nouv. Rép.*, t. 4, p. 303.

C'est d'après cette distinction que la Cour de cassation, par arrêt du 4 avril 1818 (*S.*, t. 10, 1re part. p. 218), a jugé, par exemple, que l'exception tirée du défaut d'intérêt était proposable en tout état de cause, et qu'on ne pouvait se prévaloir, pour la faire rejeter, de la disposition de l'art. 173, qui n'est relative qu'à des exceptions de procédure.

M. MERLIN dit la même chose du *défaut de qualité* (1), et maintient de plus que cette exception pourrait être suppléée d'office par le juge. Ainsi, tout le préjudice que pourrait éprouver la partie qui l'opposerait tardivement, serait de supporter les frais occasionnés par son silence. — *V.* les *Quest. de droit* de cet auteur, t. 1, p. 274, et t. 5, p. 362, et PIGEAU, t. 1, p. 163.) (2)

---

(1) *Défaut de qualité.* Par exemple, premièrement, les mineurs, les femmes, les interdits, peuvent être non recevables, soit à demander, soit à défendre, tant que leur incapacité n'est pas couverte par l'assistance des tuteurs ou l'autorisation des maris; et non-seulement on peut opposer contre eux cette fin de non-recevoir, mais eux-mêmes peuvent l'invoquer en leur faveur; secondement, lorsque le demandeur agit comme héritier, comme fondé de pouvoir, comme administrateur ou propriétaire d'un domaine, etc., on peut, en tout état de cause, lui opposer que cette qualité ne lui appartient pas, et réciproquement, le défendeur assigné sous telle ou telle qualité peut également opposer que c'est à tort qu'on la lui donne, et demander son renvoi hors d'assignation.

(2) Nous citerons en outre un arrêt de la

Outre le défaut d'intérêt et de qualité dont nous venons de parler, on place parmi les exceptions dont il s'agit :

Premièrement, le défaut de titres, lorsque la demande ne peut être autrement prouvée. — (*V.* C. C., art. 1341.)

Secondement, tout moyen de défense à l'action fondé sur les dispositions relatives aux conditions essentielles pour la validité d'une convention, et aux diverses manières dont s'éteignent les obligations. — (*V.* C. C., liv. 3, tit. 3, chap. 2 et 5.)

Troisièmement, la prescription, *pourvu qu'on n'y ait pas renoncé.* Ainsi, par exemple, la partie qui n'aurait pas proposé l'exception qui en résulte *in limine litis*, mais qui aurait consenti à un renvoi devant arbitres, sans exiger que préalablement le tribunal prononçât sur la fin de non-recevoir, ne serait plus recevable à l'opposer, en appelant du jugement arbitral qui interviendrait. — (*V.* C. C., art. 224; Arrêt de la Cour de Rennes, 3e chamb., du 19 mai 1808).

Ainsi encore, conclure à ce que des mineurs devenus majeurs ratifient un

---

Cour de Rennes, 2e chamb., du 31 juillet 1816, dont il convient de faire connaître l'espèce.

Allard assigne d'Havelosse et Sarrebourse en paiement dû à la société de commerce qui existait au Cap, sous la raison *Allard et Sulause;* le demandeur agissait en qualité de seul et unique héritier de l'associé Allard; la société à qui avait appartenu la créance en litige était dissoute depuis plusieurs années; les défendeurs sont condamnés à payer la totalité de la dette. Appel; et alors, entre autres moyens contre le jugement, ils font observer que l'intimé, héritier seulement de l'un des associés, ne peut, dans tous les cas, et en supposant la somme légitimement due, prétendre qu'au paiement de la moitié qui incombait à celui qu'il représente, et qu'à moins d'avoir un pouvoir des ayants cause des autres associés, ou de justifier autrement de son droit pour toucher la créance entière, les appelants ne sauraient se libérer valablement entre ses mains que pour ladite moitié. (C. C., art., 1239 et 1220; POTHIER, *du contrat de société*, n° 172.)

L'intimé oppose que l'exception n'a pas été proposée en première instance; qu'il offre d'ailleurs une garantie suffisante; que ce moyen tardif doit être rejeté.

Par l'arrêt ci-dessus, la Cour a ordonné que le sieur Allard justifierait du droit qu'il prétendait avoir de toucher la somme entière, ou qu'il fournirait caution, et conséquemment elle a fait droit à l'exception, qui, pour la première fois, était opposée en appel.

Mais cette remarque exige que nous fassions connaître un arrêt de la Cour de cassation, du 15 mars 1808. (*J. Av.*, t. 12, p. 453), rapporté par Denevers, 1808, p. 217, qui paraîtrait en opposition avec ce que dit M. Merlin sur l'exception tirée du défaut de qualité, si toutefois il avait été rendu sous l'empire du Code.

En effet, cet arrêt a décidé qu'une Cour d'appel, loin d'être contrevenue à l'art. 5 du tit. 5 de l'ordonnance, en avait fait, au contraire, l'application la plus juste, en déboutant d'une fin de non-recevoir fondée sur un défaut de qualité, laquelle avait été *opposée* tardivement et après tous les moyens de défense sur le fond du procès.

Il n'en est pas moins certain, selon nous, que l'exception tirée du défaut de qualité peut être opposée en tout état de cause. Tout ce qui pourrait résulter de ce dernier arrêt, c'est qu'il est des circonstances dans lesquelles une partie serait censée avoir pris qualité par la défense au fond, et renoncé à l'exception; ce que nous ne croyons pas que l'on puisse admettre.

Mais si l'on considère que l'article 5 du titre 5 de l'ordonnance portait, sans distinction, que l'on emploierait, dans les DÉFENSES, *les fins de non-recevoir et autres exceptions péremptoires*, ce qui s'entendait et des exceptions de procédure et des exceptions de droit, on reconnaîtra que la Cour de cassation a pu, dans l'espèce qui lui était présentée, décider comme elle l'a fait, ce qu'elle ne pourrait plus sous l'empire du Code actuel, qui n'a rien statué sur les exceptions péremptoires : il faut donc s'arrêter à l'opinion de M. Merlin, et tenir pour certain que nulle défense ne peut donner une qualité que l'on n'a pas et que l'on n'a jamais eue.

acte de vente passé en minorité, ou, en événement que l'acte fût annulé demander une indemnité pour améliorations faites à la propriété, c'est prendre des conclusions qui font présumer que l'on a renoncé à la prescription, et qui rendent non recevable à l'opposer ensuite. — (*V.* Arrêt de la même Cour, même chambre, du 7 avril 1810; — *Journal des Arrêts* de cette Cour, p. 83; — DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 85.)

Quatrièmement, le serment déféré par une partie et prêté par l'autre; car il en résulte, d'après l'art. 1363 du Code civil, une exception péremptoire, puisque cet article s'oppose à ce qu'on soit reçu à faire revivre l'action en prouvant le parjure, quoique l'art. 366 du Code pénal autorise la partie publique à poursuivre criminellement celui qui s'en est rendu coupable.

Cinquièmement, l'autorité de la chose jugée; mais il faut observer que, par arrêt de la Cour de cassation, du 26 décembre 1808 (*V. D.*, 1809, 2e part., 41, et *J. Av.*, t. 12, p. 448.), il a été décidé que cette exception ne pouvait pas être suppléée d'office par le juge, ni proposée pour la première fois devant la Cour de cassation (1).

Sixièmement, l'*acquiescement* ou la *transaction* (2); ainsi, par exemple, la voie d'appel est interdite à la partie jugée suivant ses offres ou son consentement, et au condamné qui, volontairement et sans réserve, a déjà fait ou payé quelque chose en exécution du jugement. — *V.* la *Quest.* suiv.)

Ainsi encore, le demandeur qui réclame des droits compris parmi ceux dont il a fait le sacrifice par une précédente transaction, ne peut être entendu, quoiqu'on ne conteste ni le fondement de sa demande, ni la régularité de sa procédure.

[[*V. suprà*, p. 207 et suiv., notre *Question 739 bis*, où nous avons examiné la question posée par M. CARRÉ, sous toutes ses physionomies.]]

---

(1) Telles sont les principales et les plus favorables exceptions péremptoires qui peuvent être proposées contre une action, et qui peuvent l'être en tout état de cause, même sous l'appel, sauf les restrictions que nous venons d'indiquer. On a vu que l'on devait se garder de s'en prévaloir avant les exceptions de procédure, puisque ces dernières, à moins qu'il ne s'agisse d'incompétence à raison de la matière, sont couvertes par des défenses au fond.

Au reste, l'ordonnance de 1667 voulait qu'on fît préalablement droit sur les fins de non-recevoir avant de passer au jugement du fond; mais cette disposition, qui n'était pas très exactement observée, ne préjudiciait en rien à la faculté de les proposer en tout état de cause. On était seulement dans l'usage de faire, en certains cas, supporter à la partie qui proposait tardivement une fin de non-recevoir, les frais qui n'eussent pas eu lieu, si, plus franche dans l'exposé de ses moyens, elle eût d'abord fait connaître la fin de non-recevoir

Il était, d'ailleurs, un grand nombre de cas dans lesquels, nonobstant l'ordonnance, on était obligé, pour la plus prompte expédition de la cause, de joindre au principal l'incident que présentait une fin de non-recevoir : ici tout était donc réglé par les circonstances plutôt que par la loi. C'est sans doute par ce motif, et parce qu'on a voulu s'en rapporter à la prudence des juges, que notre Code ne contient aucune règle sur la manière dont les fins de non-recevoir doivent être présentées, instruites et jugées, et qu'il ne défend point, comme pour les exceptions déclinatoires, de les joindre au principal. (*V.* ci-dessus, p. 195.)

(2) Sur *l'acquiescement*, *V.* nos *Quest.*, sur l'art. 443.... *La transaction* est l'acte par lequel les parties terminent, par un arrangement, une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. (C. C., art. 2044.) Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. (Art. 2052.)

752. *L'acquiescement donné, par exploit signifié au nom de l'appelant, au jugement dont il appelle, opère-t-il contre cet appel une fin de non-recevoir qui ne puisse se couvrir, de la part de l'intimé, par la signification d'un écrit de réponse à griefs, dans lequel cet acquiescement n'est pas opposé?*

Il existe sur cette question deux arrêts contraires de la Cour royale de Rennes, l'un du 27 juillet 1810, qui l'a jugée pour l'affirmative, l'autre du 14 décembre de la même année, qui l'a décidée dans le sens opposé. (*J. Av.*, t. 1, p. 149.)

Ces deux arrêts ne présentent point de développement dans leurs motifs. Dans le premier, la Cour se borne à déclarer *que les fins de non-recevoir doivent s'opposer avant toutes défenses au fond; qu'autrement elles se couvrent par la procédure volontaire des parties.....* Les motifs du second consistent seulement en ce que *l'exception fondée sur l'acquiescement au jugement dont est appel est* PÉREMPTOIRE, *et peut être proposée en tout état de cause.*

On pourrait, pour appuyer le jugement du 27 juillet, dire de l'acquiescement ce que l'art. 2224 du Code civil établit, par rapport à la prescription, qui peut être opposée en tout état de cause, à moins que la partie qui n'aurait pas fait usage de ce moyen ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé. Or, ajouterait-on, de même que, par plusieurs arrêts, il a été décidé que l'on pouvait opposer une renonciation tacite à la partie qui, pour la première fois, oppose la prescription sur l'appel, on pourrait aussi prononcer, relativement à l'acquiescement, que l'omission d'en avoir fait état dans un écrit était une renonciation tacite....

Mais nous ne pensons pas que cet argument réussisse.

En effet, d'un côté, l'art. 173 du Code de procédure ne parle que des nullités d'exploit et autres actes de procédure; de l'autre, l'art. 186, en ordonnant que les exceptions *dilatoires* seraient proposées avant toute défense au fond, garde le silence sur les exceptions péremptoires : donc les exceptions de cette nature peuvent être proposées en tout état de cause, comme défense à l'action.

Il ne s'agit donc plus que d'examiner si l'exception résultant d'un acquiescement est une exception *péremptoire.*

Nous ne balancerons pas à adopter l'affirmative ; car l'acquiescement ayant pour effet de donner au jugement l'autorité de la chose jugée, il en résulte évidemment une fin de non-recevoir contre un appel qui empêcherait de l'interjeter.

Et s'il a été décidé que l'on pouvait proposer, en tout état de cause, la déchéance d'un appel tardif, parce qu'elle n'est substantiellement qu'une exception d'incompétence, fondée sur l'ordre public (*V.* Arrêt de Turin, du 7 juillet 1808; — *D.*, 1809, 2e part., p. 38; — *J. Av.*, t. 3, p. 178), [[et *suprà*, notre *Question* 739 *bis*, § 4 n° 5]] (1); ce même motif ne s'applique-t-il pas à la

(1) Remarquons que la Cour de Colmar a jugé le contraire, par arrêt du 18 novembre 1815 (*S.*, t. 16, 2e part., p. 374), en décidant que l'exception fondée sur l'inobservation des délais en matière d'appel doit être proposée avant toute défense au fond; que, par conséquent, l'intimé qui, sur l'appel, a obtenu un arrêt par défaut, confirmatif du jugement attaqué, sans avoir préalablement proposé son exception, ne peut plus être admis à en exciper sur l'opposition. Nous ne saurions considérer cette décision comme fondée : une exception de cette nature ne repose point sur une nullité d'exploit ou d'acte de procédure : c'est une fin de non-recevoir dans toute la force du terme. (*V.* Dissert. de M. Sirey, t. 22, 2e part., p. 13.) [*V. sup.*, notre *Quest.* 739 *bis*, § 4, n. 3.]

C'est par les mêmes considérations que la Cour de Riom, par arrêt du 26 mai 1818 (*S.*, t. 20, p. 6, et *J. Av.*, t. 12, p. 509), à

fin de non-recevoir résultant d'un acquiescement? Soutenir le contraire, ne serait-ce pas affirmer qu'une Cour d'appel pourrait réformer un jugement acquiescé, et une telle assertion ne répugne-t-elle pas à la nature de sa compétence? Aussi M. MERLIN, dans ses *Questions de droit*, au mot *Appel*, p. 130, estime-t-il que la fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement à un jugement est *absolue* entre personnes majeures, et qu'elle ne peut jamais être écartée.

Nous nous croyons donc bien fondé à résoudre négativement la question ci-dessus posée.

[[*V.* suprà, p. 213, § 4, n° 5, notre avis, *Q.* 739 *bis.*]]

753. *Une nullité qui tient à la substance d'un acte, se couvre-t-elle par la comparution et la procédure volontaire de la partie intéressée à la faire valoir?*

Par arrêt du 24 décembre 1811, rapporté au Bulletin officiel, 1811, p. 352, et 353 et *J. des Av.*, t. 12, p. 483, la Cour de cassation avait décidé cette question pour la négative, en considérant qu'une formalité intrinsèque et essentielle doit être constatée par l'acte même, et ne peut être suppléée par aucun témoignage et aucun aveu.

Dans l'espèce, la nullité portait sur un exploit d'assignation dans lequel la formalité du *parlant à* avait été omise. On opposait à l'assigné qu'il était non recevable à se prévaloir de la nullité, puisqu'il avait fait lui-même assigner la partie adverse, afin d'être présente à sa contre-enquête. Nous reviendrons sur cet arrêt dans nos questions sur l'art. 261.

Ici nous ferons observer que l'on ne doit pas tirer de cette décision la conséquence générale que l'on puisse, en tout état de cause, opposer une de ces nullités que l'on appelle *substantielles*, et que les tribunaux peuvent admettre, nonobstant la disposition de l'art. 1030; c'est-à-dire, quoique la loi ne les ait pas prononcées. En effet, l'art. 173 est général; il ne distingue point entre les nullités substantielles et les autres; et il sera prouvé sur l'art 261 que si la Cour de cassation, dans l'espèce particulière de l'arrêt ci-dessus, a décidé que l'assignation en contre-enquête n'avait pas couvert la nullité de l'assignation en enquête directe, c'est principalement parce que la contre-enquête n'est point une défense au fond, dans le sens de l'art. 173, qui veut, pour qu'elle couvre la nullité, qu'elle soit la suite nécessaire de l'acte nul.

D'après cette décision, on doit rejeter celle d'un arrêt de Paris, du 19 août 1818, en ce qu'il a, au contraire, déclaré non recevables des nullités d'enquête directe, opposées par la partie qui avait fait sa contre-enquête en les réservant. — (*S.*, t. 9, p. 11.) [[*V.* sur cette dernière conséquence le titre de l'enquête, et sur la question 753 les développements de notre question 739 *bis*, suprà.]]

[[**753** *bis. Les nullités ou exceptions d'incompétence peuvent-elles être proposées par une partie autre que celle à laquelle la signification a été faite, s'il est de son intérêt de faire déclarer la signification nulle, ou de décliner la juridiction qui a été saisie?*

Avant de résoudre cette question, qui présente des difficultés assez sé-

---

décidé, en général, que l'inobservation de certaine formalité, laquelle emporterait une déchéance qui éteint l'action, est une nullité absolue qui, ne pouvant être couverte, peut être opposée en tout état de cause. Ainsi, cette Cour a jugé que la nullité d'une surenchère sur vente volontaire, résultant de la notification tardive, ou encore du défaut de qualités nécessaires à la caution, peut être proposée en tout état de cause, même en appel. C'est qu'en effet ce n'est pas là encore une nullité de forme, seul objet de l'art. 173. [V. *sup.*, p. 208, notre *Quest.* 739 *bis*, § 4.]

rieuses, posons des cas dans lesquels un tiers peut avoir un intérêt à agir à la place du défendeur négligent.

Aux termes de l'art. 2247, l'assignation nulle pour défaut de forme n'interrompt pas la prescription ; tout créancier à qui il importe que les droits d'un autre créancier soient éteints par la prescription a donc intérêt à faire prononcer la nullité de cette assignation : c'est un exemple que nous choisissons entre plusieurs autres qu'il est inutile de détailler ici.

Cet exemple est applicable aussi aux garants qui pourraient être déchargés de toute responsabilité, si la déchéance d'une action en rescision ou en nullité n'était acquise.

Enfin, l'on conçoit encore que dans l'espèce indiquée un tiers détenteur aura un droit sérieux à opposer la nullité.

Quant au tribunal saisi incompétemment, la faculté de se faire substituer au défendeur, s'étend à moins de personnes ; mais elle se révèle dans la cause où un garant est appelé. Pour cette dernière hypothèse disons de suite que deux voies sont ouvertes à l'appelé en garantie.

Aux termes de l'art. 181, Cod. pr. civ., il peut demander son renvoi, s'il paraît par écrit ou par l'évidence du fait que la demande originaire n'a été formée que pour le traduire hors de son tribunal.

Si cette exception, dans ces termes, ne peut pas être présentée, il rentre alors dans la position générale que nous allons examiner. (*V. inf.*, notre *Quest.* 771 *bis.*)

Pour résoudre la question posée par nous, une distinction doit être faite.

Ou la nullité a été couverte par le défendeur, sans fraude, ni collusion avec le demandeur, ou ce défendeur n'a pas fourni de défense.

Dans le premier cas, la nullité est couverte pour tous. Les créanciers, ou toute autre personne, quel que soit leur intérêt, ne peuvent intervenir dans une instance pour réclamer une nullité de procédure souverainement couverte par les actes mêmes de l'instance : le bon ordre, la régularité des procédures, s'opposent à l'admission du système contraire. (Arrêt conforme du 14 février 1826 de la Cour de cassation, *J. Av.*, t. 31, p. 30.)

Mais, dans le dernier cas, l'art. 1166 du Cod. civ. doit recevoir son application : en vertu de cet article, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur. Il faut évidemment que le tiers qui invoque la nullité soit le créancier actuel ou éventuel. Tant que le droit subsiste à l'égard de celui qui a reçu la signification, rien n'empêche que par délégation conventionnelle ou légale un tiers n'exerce ce droit.

Le principe a été consacré en matière de surenchère par un arrêt de la Cour de Paris, du 19 août 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 241, et *J. Pal.*, 3e éd., t. 6, p. 269) ; mais un autre arrêt de la même Cour paraît contrarier celui de 1807 ; ce dernier arrêt est du 20 mars 1833. (Nous l'avons combattu dans nos observations, *J. Av.*, t. 44, p. 208.)

On peut invoquer dans notre opinion un arrêt de la Cour de Bourges, du 13 août 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 87).

Un arrêt de la Cour de cassation, du 9 août 1820, a admis ce principe que la nullité une fois couverte ne pouvait plus être proposée par un tiers (*J. Av.*, t. 21, p. 475).

On fait une objection, et l'on dit que le droit de proposer une nullité est un droit personnel à la partie assignée et est compris dans l'exception de l'article 1166 lui-même (1). Il est impossible, selon nous, de faire rentrer dans la

(1) Un arrêt de la cour de Colmar du 10 juill. 1827 (*Journ. des arrêts* de cette cour, t. 23, p. 133), semble avoir fait prévaloir cette opinion en décidant que l'assigné peut seul exciper de ce qu'il l'a été par affiche et au parquet, au lieu de l'être à son domicile.

classe des droits exclusivement attachés à la personne, celui qui peut se résumer en un intérêt purement pécuniaire, lorsque le silence du défendeur doit nuire à un tiers.

Nous avons recueilli dans les manuscrits de M. Carré une consultation que nous croyons devoir rapporter textuellement; elle décide que le tiers détenteur ne peut, pour repousser les poursuites en délaissement, se prévaloir de la nullité du commandement signifié au débiteur originaire, lorsque celui-ci a défendu au fond.

« Le conseil soussigné, qui a pris lecture de la copie d'un jugement rendu par le tribunal civil de Nantes, le 20 janvier dernier, contre Mad. de Bienassis, consulté sur la question de savoir s'il y a lieu de relever appel de ce jugement, et si l'on doit espérer qu'il sera réformé par la Cour,

« Est d'avis de l'affirmative.

« En effet, en reconnaissant avec les premiers juges que la nullité du commandement signifié le 5 novembre 1821 au sieur Conibert de Coudray, au domicile de Me Tasché, est une nullité d'exploit de nature à être couverte, si, au lieu de la proposer *in limine litis*, celui qui a intérêt à le faire aborde la discussion du fond, on ne saurait adopter la décision du tribunal que le silence gardé dans l'espèce par le débiteur originaire ne peut être opposé aux tiers-détenteurs des biens grevés d'hypothèques.

« Si le sieur Conibert avait tout d'abord argumenté de l'irrégularité du commandement, il n'est pas douteux que les acquéreurs n'eussent été fondés à s'emparer à leur tour de cette irrégularité pour conclure au rejet des poursuites dirigées contre eux, comme pèchant par sa base. Mais il en est tout autrement, lorsque le tribunal lui-même proclame que le sieur Conibert a couvert la nullité; car, si le créancier peut exercer tous les droits qui compètent à son débiteur, se prévaloir de toutes les exceptions qu'il pourrait invoquer, il ne le peut plus lorsque celui-ci s'est réduit à l'impossibilité de les faire valoir; la perte du droit pour l'un rejaillit alors sur l'autre.

«Vainement, pour essayer d'échapper à cette conséquence, le tribunal allègue-t-il que les tiers détenteurs ne pouvaient savoir si, ou non, M. Tasché était mandataire du sieur Conibert. Cette circonstance ne peut rien changer à l'état de la question, il n'en demeure pas moins pour constant qu'ils étaient sans qualité pour proposer une nullité déjà réparée par le sieur Conibert à l'égard duquel elle avait été commise.

« Une seule observation suffit pour démontrer la vérité de cette proposition.

« Le commandement qui, aux termes de l'art. 2169 du Code civil, doit être fait au débiteur originaire avant que le créancier puisse exproprier le tiers-détenteur, n'a d'autre but que de constituer le premier en demeure de payer, parce que ce n'est que faute à lui de satisfaire à l'obligation personnelle qu'il a contractée, que le second peut être contraint par l'action hypothécaire.

« Mais du moment que le débiteur dûment averti ne s'est pas acquitté, le recours est ouvert contre le tiers détenteur qui, s'il n'a pas, sur la sommation qui lui a été faite, payé ou délaissé, peut être dépossédé par voie de saisie immobilière; or, les divers acquéreurs qui figurent aux qualités du jugement ne peuvent prétendre que, si le sieur Conibert eût été légalement interpellé, il eût rempli ses engagements et qu'ils ne se trouveraient pas exposés aux poursuites de Mad. de Bienassis. Un pareil maintien serait complétement démenti par l'événement, puisque le sieur Conibert s'est présenté, qu'il a défendu au fond, que par conséquent le vœu de la loi a été accompli tout aussi bien que si le commandement lui eût été notifié à personne ou domicile.

« Il est évident qu'on ne pourrait soutenir, avec quelque apparence de raison que les tiers détenteurs, qui, dans cette dernière hypothèse, n'auraient aucun

prétexte pour décliner les poursuites dont ils sont l'objet, peuvent néanmoins se retrancher derrière une prétendue nullité qui a été couverte et qui a disparu avant même qu'ils en eussent connaissance ; on leur répondrait toujours avec avantage que l'intérêt est la mesure des actions, et qu'ils n'en ont aucun à élever une prétention qui dégénère en pure chicane, puisque leur position n'a pu être aggravée.

« Peu importe du reste la dénégation de M. Tasché d'être mandataire du sieur Conibert, dénégation qui semble contredite par sa conduite même, puisqu'il a occupé pour lui dans l'instance. Son intervention, comme avoué, suffit pour faire considérer comme propre à la partie qu'il représentait tout ce qu'il a fait en son nom sans être désavoué.

« *Délibéré à Rennes, le 9 avril* 1825. CARRÉ. »]]

§ IV. — *Des exceptions dilatoires.*

ART. 174. L'héritier, la veuve, la femme divorcée ou séparée de biens, assignée comme commune, auront trois mois, du jour de l'ouverture de la succession, ou dissolution de la communauté (1), pour faire inventaire, et quarante jours pour délibérer. Si l'inventaire a été fait avant les trois mois, le délai de quarante jours commencera du jour qu'il aura été parachevé.

S'ils justifient que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois, il leur sera accordé un délai convenable pour le faire, et quarante jours pour délibérer ; ce qui sera réglé sommairement.

L'héritier conserve néanmoins, après l'expiration des délais ci-dessus accordés, la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.

---

(1) Premièrement, *pour la femme séparée*, du jour du jugement de séparation, et non de celui de la demande, quoique l'art. 1445 du Code civil fasse remonter à cette époque les effets de la séparation : c'est que la rétroactivité que cet article prononce ne s'applique qu'aux opérations faites par le mari ;

Secondement, pour la femme divorcée, du jour où le divorce a été prononcé par l'officier de l'état civil, puisque le jugement rendu en cette occasion ne fait que déclarer le divorce que cet officier doit prononcer ensuite, conformément à l'art. 294 du Code civil ; observation qui n'est utile que pour le passé, puisque le divorce est aboli ;

Troisièmement, pour la femme d'un individu mort civilement, du jour de l'exécution, soit réelle, soit par effigie, du jugement de condamnation, puisque la succession du mari n'est ouverte qu'*à compter* de ce jour, conformément à l'art. 26 du même Code.

Mais on demandera si c'est bien le jour même de l'exécution ainsi opérée, que la succession est ouverte, et non le lendemain, l'article que nous venons de citer se servant de ces mots, *à compter du*. . . . .

On pourrait induire le contraire de ce que nous avons dit sur la question 652e ; mais il ne s'agit pas ici d'un délai de procédure, et il y a d'ailleurs des raisons particulières d'après lesquelles il n'est pas permis de douter que la succession du mari s'ouvre le jour même de l'exécution. Nous ne pourrions les développer ici sans nous écarter de l'objet et du plan de notre ouvrage. Nos lecteurs les trouveront dans le savant Traité de notre respectable collègue M. Toullier.

T. 75. [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 239.] — Ordonn., tit. 7, art. 1, 2, 3, 4, 5. — C. C., art. 795, 797, 798, 800, 1456, 1458, et 1459. — C. de P., art. 170, 177, 186, 1033. — Règlem. du 30 mars 1808, art. 66. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, vis, *Succession*, n° 1 à 4, 6, 7, 58 à 60; *Exploit*, n° 142; *Exceptions*, nos 201 et 225. — Devilleneuve, vo, *Succession bénéficiaire*, nos 3 à 5. — Arm. Dalloz, vis *Exceptions*, n° 335; *Donation*, nos 342 à 345; *Communauté*, nos 706 à 712; *Succession bénéficiaire*, nos 6 à 46; — Locré, t. 21, p. 435. — QUESTIONS TRAITÉES : La femme d'un condamné à une peine emportant la mort civile, jouit-elle des mêmes délais qui sont accordés par l'art. 174 à la femme séparée ou divorcée? *Q.* 754. — Les légataires universels ou à titre universel pourraient-ils réclamer le délai pour faire inventaire et délibérer? *Q.* 755. — Pourrait-on valablement assigner une partie désignée dans les précédentes questions, avant l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer? *Q.* 756. — Les personnes ci-devant désignées peuvent-elles opposer l'exception, lorsqu'elles sont assignées sur des demandes purement conservatoires? *Q.* 757. — L'exception du délai doit-elle être proposée avant les défenses au fond? *Q.* 758. — Comment appliquer la disposition de l'art. 174, lorsqu'il n'y a pas de meubles? *Q.* 759. — Dans quelle forme doit être opposée l'exception du délai? *Q.* 760. — Quelles sont les circonstances dans lesquelles la prorogation de délai peut être accordée, parce que la partie aurait justifié que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois? *Q.* 761. — La veuve et la femme séparée ou divorcée conservent-elles le droit de renoncer après les délais, de même que l'héritier conserve celui de prendre la qualité d'héritier bénéficiaire? *Q.* 762. — L'héritier est-il réputé héritier pur et simple non-seulement à l'égard du créancier qui aurait obtenu contre lui, en cette qualité, le jugement passé en force de chose jugée, mais à l'égard de tous les autres? *Q.* 763.] (1).

CXXXII. Les dispositions de cet article sont les mêmes que celles contenues au tit. 7 de l'ordonnance de 1667, et aux art. 795, 798, 800, 1456, 1457 et 1458 du Code civil. Elles établissent, en faveur de l'héritier et de la femme commune en biens, la prérogative de suspendre leur acceptation ou renonciation à la succession et à la communauté, et de ne pouvoir être actionnés pendant les deux délais qu'elles déterminent. De là l'exception dilatoire dont il s'agit dans cet article, et le droit de ne proposer qu'après elle toute autre exception également dilatoire.

754. *La femme d'un condamné à une peine emportant la mort civile jouit-elle des mêmes délais qui sont accordés, par l'art.* 174, *à la femme séparée ou divorcée?*

Oui, sans doute, puisque l'art. 25 du Code civil dispose, d'un côté, que,

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Celui qui, sans être héritier, est assigné comme tel, peut, s'il a lié la contestation en cause, être retenu dans l'instance, quoiqu'il excipe ensuite de son défaut de qualité, si d'ailleurs il a une autre qualité en laquelle il eût pu être valablement assigné. — *Cass.* 15 mars 1808, Sirey, t. 8, p. 353, et *J. Av.*, t. 12, p. 453. (Note de M. CARRÉ: *nous ferons observer qu'il importe de restreindre cet arrêt au cas dans lequel il a été rendu, c'est-à-dire à la retenue en cause du défendeur qui n'a pas de suite opposé l'exception résultant du défaut de qualité: il ne faudrait pas en conclure qu'il se fût rendu non recevable à faire valoir dans la suite cette exception, comme fin de non-recevoir ou exception péremptoire du fond.* — *V. suprà Q.* 751.)

2° Le successible qui laisse passer sans se prononcer les délais établis pour faire inventaire et délibérer, peut être poursuivi comme héritier par les créanciers du défunt et doit supporter les frais de poursuite intentés par ceux-ci, lors même qu'il renoncerait ensuite à la succession. — Poitiers et Colmar, 21 déc. 1830 et 7 janv. 1831, *J. Av.*, t. 40, p. 377.

3° La femme peut demander une prorogation de délai pour accepter ou répudier la communauté devant la même cour qui a rendu l'arrêt de séparation de corps. — Cass., 29 janv. 1818, *J. Av.*, t. 21, p. 316.

4° Le délai accordé à la femme pour faire son option ne court que du jour où le mari lui a rendu le compte qu'il doit comme chef de la communauté. — *Cass.*, 29 janv. 1818, t. 21, p. 316.

5° L'héritier bénéficiaire est valablement assigné en qualité d'héritier pur et simple, il ne peut élever une fin de non-recevoir en se fondant sur ce qu'il n'est pas assigné en la qualité qu'il a prise. Bruxelles, 7 juin 1836. *Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1836, p. 141.]

par l'effet de la mort civile, la succession du condamné est ouverte, et, de l'autre, que son mariage est dissous.

[[Il ne peut s'élever aucune divergence sur cette solution.]]

755. *Les légataires universels ou à titre universel pourraient-ils réclamer le délai pour faire inventaire et délibérer?*

M. PIGEAU, t. 1, p. 160, résout négativement cette question, parce qu'à la différence de l'héritier, ces personnes n'étant tenues des dettes, selon lui, que jusqu'à concurrence de l'émolument, ne courent aucun risque d'accepter, et n'ont, par conséquent, besoin d'aucun délai pour faire inventaire et délibérer.

M. Merlin, dans son nouveau *Répertoire*, au mot *légataire*, § 7, art. 2, n° 17, maintient, au contraire, d'après les art. 1009 et 1012 du Code civil, que le légataire universel est tenu de toutes les dettes, s'il absorbe la succession entière; qu'il en est tenu, *personnellement* pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout, lorsqu'il concourt avec des légitimaires; qu'il en est de même, enfin, du légataire à titre universel.

Ainsi, la raison sur laquelle M. Pigeau fonde son opinion ne serait d'aucune considération pour la solution de notre question.

Examinant ensuite si les légataires dont nous parlons peuvent jouir du bénéfice d'inventaire, M. Merlin rappelle que, sous l'empire de la Coutume de Normandie, ils étaient assujettis à toutes les dettes, et ne pouvaient néanmoins accepter sous bénéfice d'inventaire, parce que cette Coutume n'accordait cette faveur qu'à l'héritier.

Or, aujourd'hui que le Code civil soumet également les légataires au paiement des dettes du testateur, aujourd'hui que ce Code et celui de procédure n'accordent expressément qu'à l'héritier le bénéfice d'inventaire, ne devra-t-on pas conclure qu'ils ne peuvent en jouir, et, par une conséquence nécessaire, qu'ils ne peuvent se prévaloir des délais accordés par l'art. 174?

« Mais, dit M. Merlin, cette opinion, que les légataires ne peuvent revendiquer le bénéfice d'inventaire, paraît bien difficile à concilier avec la maxime *ii qui in universum jus defuncti succedunt hæredis loco habentur;* maxime qui s'applique aujourd'hui, dans toute son intensité, au légataire universel, puisqu'il n'est tenu *personnellement* aux dettes du défunt que parce qu'il succède *in universum jus defuncti*, et qu'il n'est plus, comme dans l'ancienne jurisprudence (*V.* au même *Répertoire* les numéros qui précèdent le 17e.), un simple successeur aux biens.

« Aussi M. Chabot, qui, en qualité de tribun, a pris une très grande part à la discussion du projet du Code civil, ne fait-il aucune difficulté, dans son *Commentaire sur le titre des succesions* (art. 875, n° 21), de regarder le légataire universel comme habile à exercer le bénéfice d'inventaire. »

Nous tenons à cette opinion, parce qu'il nous paraît démontré que le Code civil assimile les légataires aux héritiers. En effet, l'art. 873, qui concerne ceux-ci, est conçu dans les mêmes termes que les art. 1009 et 1012; ce qui faisait dire à M. CHABOT (*V.* son *Rapport au Tribunat*, édition de F. Didot, pag. 252), que le légataire était une espèce de cohéritier; d'un autre côté, l'art. 1006 lui accorde une saisine légale, s'il n'y a point de légitimaires. Or, ne suit-il pas de là qu'il représente activement et passivement le défunt; qu'il est en tout assimilé à l'héritier, et que, par suite de conséquences, il a le droit d'accepter, sous bénéfice d'inventaire, la succession qui lui est déférée par le testament, et d'opposer, s'il est assigné comme tenu des dettes de cette succession, l'ex-

ception dilatoire résultant des délais donnés par le Code civil et par l'art. 174 du Code de procédure (1)?

[[Cette question tient beaucoup trop au droit civil pour que nous puissions l'examiner avec tous les détails qu'elle mériterait; voici notre opinion en quelques mots:

Nous ne partageons pas le sentiment de M. Carré, et nous adoptons une distinction qui a été proposée par presque tous les auteurs.

Le légataire universel *loco defuncti habetur*, par conséquent doit être tenu des dettes comme le serait l'héritier *ab intestat* lui-même; il ne le sera plus d'une manière absolue, s'il existe des héritiers légitimaires.

Quant à l'héritier à titre universel, il ne représente pas le défunt. Le principe ne lui est plus applicable, et, malgré la rédaction vicieuse de l'art. 1012 il ne sera jamais, à nos yeux, tenu de toutes les dettes de la succession *ultrà vires emolumenti.*

Toutefois, dans tous les cas, nous reconnaissons la nécessité d'un inventaire, pour que les créanciers ne puissent pas plus tard venir demander à prouver, *par toutes voies de droit*, la valeur de la partie de la succession qui a été attribuée au légataire poursuivi.

M. CHABOT, dont M. Merlin se prévaut à tort, a discuté cette question avec sa logique ordinaire, t. 2, p. 412, art. 774, n° 14, et c'est son opinion que nous avons adoptée.

Elle a été également suivie par MM. DELVINCOURT, t. 2, p. 573, note première, DURANTON, t. 9, p. 209, n° 201, TOULLIER, t. 5, p. 119, n° 556 et DALLOZ t. 6, p. 89, v° *Dispositions entre-vifs*, chap. 7, sect. 3, n° 14.

Mais c'est à tort que ce dernier auteur cite, comme favorable à son système, M. FAVARD DE LANGLADE, v° *Testament*, sect. 2, § 2, n° 9, *loco citato.*

Ce jurisconsulte ne parle que des légataires universels; et, t. 2, p. 463, v° *Exceptions*, § 4, n° 1, il applique formellement l'obligation de payer les dettes *ultra vires* aux légataires à *titre universel*, ce qui est ici le véritable point de la difficulté.

Nous ne connaissons aucun arrêt qui puisse éclairer nos lecteurs.]]

756. *Pourrait-on valablement assigner une partie désignée dans les précédentes questions, avant l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer?*

Vainement opposerait-on que l'on violerait, en décidant affirmativement

---

(1) C'est aussi ce qu'a décidé la Cour d'appel de Bordeaux, par un arrêt que l'on trouve dans la Jurisprudence du Code civil, t. 9, p. 43. Il est vrai que cet arrêt a été cassé; mais on remarquera, dans la note suivante, que ce n'est point par le motif qu'un légataire n'eût pas eu, généralement parlant, le droit d'opposer l'exception dont il s'agit.

De ce que nous disons que les légataires universels, ou à titre universel, sont en tout assimilés aux héritiers légitimes, qu'ils sont héritiers dans une succession qui, quant à son essence, ne diffère de la succession légitime qu'en cela seulement que celle-ci est déférée par la loi seule, celle-là par la volonté de l'homme (V. *Institutes de M. Delvincourt*, t. 2, p. 21 et 22), il suit que l'objection tirée de ce que l'art. 174 n'accorde qu'à l'héritier la faculté d'opposer l'exception dilatoire qui dérive de cet article, n'est pas aussi sérieuse qu'on l'imaginerait; la raison en est que le légataire est nécessairement compris sous ce mot *héritier*, qui doit être pris ici comme une dénomination générique.

Au reste, si l'on n'adoptait pas cette conséquence, on conviendrait du moins que le silence de l'art. 174, au sujet du légataire, ne saurait être un motif suffisant pour qu'on lui refusât un avantage qu'il est présumable que le législateur a entendu lui accorder, puisqu'il pourrait invoquer, pour l'obtenir, les mêmes raisons qui l'ont fait établir pour les héritiers légitimes.

cette question, l'art. 797 du Code civil, qui porte que l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité pendant les délais dont il s'agit. Cet article n'empêche pas que les tiers ne puissent actionner l'héritier, tant qu'il n'a pas accepté ; aucune loi ne le défend : donc l'article empêche seulement qu'on le contraigne à prendre qualité, et que l'on obtienne des condamnations contre lui. C'est pour cela que la loi lui accorde le droit d'opposer une exception qui suspend les poursuites, mais qui ne détruit pas l'action, et qui ne peut faire annuler les actes par lesquels on l'exercerait (1).

[[Aux motifs de M. Carré on peut en ajouter d'autres qui ne nous paraissent pas moins concluants. Du moment que la succesion est ouverte, le successible est saisi des droits et des qualités qui la composent. L'acceptation qu'il en fait plus tard n'a pas pour effet de lui faire acquérir la qualité d'héritier qu'il a déjà par le seul effet de la loi, mais seulement de la consolider sur sa tête, de lui enlever la faculté d'y renoncer plus tard. Si donc à l'instant même de l'ouverture de la succession, il est saisi de tout l'actif sous la condition d'acquitter le passif, la conséquence nécessaire, c'est que les créanciers de la succession peuvent valablement et doivent même s'adresser à lui, qui est le vrai représentant légal du défunt. Il pourra, sans doute, en réclamant le bénéfice de notre article, empêcher qu'il ne soit donné suite aux assignations, mais les faire annuler cela n'est pas possible ; car il les a reçues en vertu d'une qualité qui lui appartenait, que la loi lui avait imprimée et dont il ne s'était pas dépouillé. Les créanciers qui pouvaient avoir intérêt à ne pas attendre l'expiration du délai, soit pour interrompre une prescription que le délai ne suspend point (art. 2259 du Code civil), soit dans tout autre but, n'ont contrevenu à aucune loi en l'actionnant tout de suite. L'effet de leur assignation sera suspendu si l'héritier le demande ; mais aussitôt les délais expirés, les poursuites pourront reprendre leur cours sans nouvel ajournement.

---

(1) C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation, du 10 juin 1807. —V. *le nouveau. Répert.*, aux mots *Protêt*, § 6, et *Héritier.*, sect. 2, § 1, *J. Av.* t. 21, p. 304, et *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 136.)

On remarquera que cet arrêt a été rendu dans une espèce où il s'agissait *d'un donataire à titre universel*, auquel la Cour d'appel de Bordeaux, comme nous l'avons dit sur la précédente question, avait reconnu le droit d'opposer l'exception résultant de l'art. 174.

Mais ce n'est pas pour cette raison que l'arrêt de cette Cour a été cassé ; elle avait rejeté la demande, par le motif que la partie adverse, en la formant, avait non-seulement contraint le défendeur à prendre qualité, mais la lui avait déjà assignée, en le caractérisant de *successeur à titre universel.*

C'est sous ce rapport seulement que la Cour suprême a considéré que celle de Bordeaux avait fait une fausse application de l'art. 797 du Code civil, et commis un excès de pouvoir, en créant une nullité qu'aucune loi ne prononce.

Et en effet, le demandeur, en donnant au défendeur la qualité de *successeur à titre universel*, ne l'avait point contraint à la prendre : d'ailleurs, il avait formé une action en reconnaissance d'écriture, et n'avait demandé aucune condamnation.

Ainsi, loin d'être en opposition avec la solution donnée sur la précédente question, l'arrêt que nous venons de rapporter tend à la justifier, puisque les motifs de celui de la Cour de Bordeaux, qui se rapportent à cette question, n'ont point été impugnés devant la Cour de cassation.

Concluons donc, pour la solution de celle que nous avons posée en commençant, que l'assignation donnée dans le cours des délais pour faire inventaire et délibérer, à une personne habile à recueillir, soit en communauté, soit en succession légitime ou testamentaire, est valable, sauf à celle-ci à opposer, en vertu de l'art. 174, l'exception dilatoire qui ajourne l'effet de cette assignation.

C'est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 463, PIGEAU, Comm. t. 1, p. 395; BOITARD, t. 2, p. 57 et suiv.; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 328. Elle a été adoptée par un arrêt de la Cour de cassation rapporté à la note, et par un autre de la Cour de Grenoble du 1er floréal, an IX. (*J. Av.* t. 21, p. 302.)

Mais jusqu'ici la question n'est envisagée que par rapport à l'héritier : les mêmes principes s'appliqueraient-ils à la femme commune? Non pas indistinctement, dit avec raison M. BOITARD, t. 2, p. 69 et suiv. La femme commune en biens peut se trouver dans deux positions bien diverses : au lieu que l'héritier est saisi par la mort du défunt, d'où il suit qu'il est censé acceptant tant qu'il n'a pas renoncé ; à l'égard de la femme, il faut distinguer si la communauté est dissoute par la mort du mari, ou si elle l'est par une séparation de corps ou de biens. Dans le premier cas, il résulte de l'art. 1456 du Cod. civ. que la femme est présumée acceptante tant qu'elle n'a pas formellement renoncé; les demandes peuvent donc être valablement dirigées contre elle pendant les délais, sauf à ajourner les condamnations. Dans le second cas, la présomption de l'art. 1463, c'est que la femme renonce si elle n'a pas expressément déclaré accepter; il faut donc attendre cette acceptation expresse pour l'actionner. Jusque là c'est le mari seul qui a qualité pour répondre à toutes les demandes dirigées contre la communauté.]]

757. *Les personnes ci-devant désignées peuvent-elles opposer l'exception, lorsqu'elles sont assignées sur des demandes purement conservatoires?*

La négative résulte de ce qu'elles peuvent, sans prendre qualité, former de semblables demandes dans le cours des délais pour faire inventaire et délibérer. (*V.* C. C., art. 779 et 1454.). Ainsi les créanciers doivent avoir le droit de les assigner en pareil cas. — *V.* PIGEAU, t. 1, p. 162, et l'arrêt du 10 juin 1807, rapporté à la note sur la précédente *Quest.*

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 328, se décide avec raison dans le même sens; cependant nous croyons, avec la Cour d'Aix (11 décembre 1827, *J. Av.*, t. 27, p. 253), que les créanciers ne peuvent faire d'actes conservatoires que sur les biens de la succession et jamais sur les biens personnels de l'héritier.

L'art. 797 est trop positif pour que, d'une manière indirecte même, on puisse gêner la liberté complète de l'héritier (1).

Toutefois nous pensons que les créanciers peuvent notifier leurs titres aux héritiers, immédiatement après l'ouverture de la succession, pour faire courir le délai dont parle l'art. 877. C'est aussi ce qui avait été jugé le 29 décembre 1814, par la Cour de Paris. (*J. Av.*, t. 21, p. 310.)

Nous engageons nos lecteurs à se reporter au titre *du bénéfice d'inventaire*, art. 986, C. p. c., où nous traitons la question de savoir si, pendant la durée du bénéfice d'inventaire, les créanciers de la succession ont voie d'action sur les biens, meubles et immeubles de la succession.]]

---

(1) [Aussi ne pouvons nous pas approuver deux arrêts, l'un du 4 mars 1812, de la Cour de Douai, le second du 6 août 1833, de la Cour de Bordeaux. (*J. Av.* t. 21, p. 306 et t. 47, p. 607.) A la vérité le premier se base, en finissant, sur les lois spéciales relatives aux droits du trésor; mais le second ne veut pas permettre le sursis d'une décision sur appel. Cependant deux dispositions du Code de procédure résistent à une semblable solution (Art. 344 et 447.) Car pour reprendre l'instance, il faut nécessairement que l'héritier s'occupe des affaires de la succession et administre, tandis que la loi lui a abandonné un certain délai, uniquement pour *réfléchir*, pour *délibérer!*]

758. *L'exception de délai doit-elle être proposée avant les défenses au fond ?*

Oui, puisque c'est une exception dilatoire, à laquelle (art. 186 et 187) la partie qui ne s'oppose pas est censée renoncer; mais nous ne dirons pas, comme M. Lepage, que cette renonciation puisse être considérée comme opérant un acte d'héritier ou de commune, si la partie ne laisse pas juger qu'elle a cette qualité. — (*V. Lepage*, t. 1, p. 159, et les *Questions* que nous traiterons sur la 3e disposition de l'art. 174, et sur les art. 186 et 187.

[[Cette solution nous paraît évidente. Au reste, il a été jugé en termes généraux, par la Cour de Rennes, le 11 septembre 1813, et par celle de Bordeaux, le 20 mars 1826 (*J. Av.*, t. 12, p. 491, et t. 31, p. 307), que toute exception dilatoire est couverte par des défenses au fond, nonobstant des réserves.]]

759. *Comment appliquer la disposition de l'art. 174, lorsqu'il n'y a pas de meubles ?*

Un procès-verbal de carence supplée à l'inventaire, et ce sera à compter de la confection de ce procès-verbal que courra le délai pour délibérer. — (*Arg.* tiré de ce que dit Rodier sur l'art. 4 du tit. 7 de l'ordonn. *Quest.* 2e.)

[[C'est en effet le moyen le plus simple, et qui est indiqué par M. DALLOZ, t. 12, p. 367, n° 6. Ainsi l'héritier ne pourrait pas opposer aux créanciers qu'il n'a pu faire inventaire dans le délai prescrit par la loi.]]

760. *Dans quelle forme doit être opposée l'exception de délai ?*

Cette exception étant purement facultative ne peut produire son effet qu'autant qu'elle est proposée dans la forme prescrite par l'art. 75 du tarif, c'est-à-dire par requête grossoyée, signifiée d'avoué à avoué, et limitée pour la taxe à six rôles. La réponse à cette requête et l'avenir pour plaider, voilà toute la procédure qu'exige cet incident, soit qu'il s'agisse d'obtenir la suspension de l'instance pendant le délai, soit qu'il s'agisse de demander la prorogation de ce délai, en vertu de la deuxième disposition de l'art. 174.

[[C'est aussi l'opinion que nous avons émise dans notre *Commentaire du tarif*, t. 1, p. 239, n° 29 et 32.]]

761. *Quelles sont les circonstances dans lesquelles la prorogation de délai peut être accordée, parce que la partie a justifié que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois ?*

Nous ne posons cette question qu'afin d'avertir que le Code n'a déterminé aucune de ces circonstances, comme l'avait fait l'art. 4 du tit. 7 de l'ordonnance, en laissant néanmoins à la prudence du juge d'accorder en tout autre cas la prérogative dont il s'agit.

Ainsi, sous l'empire du Code comme sous l'empire de l'ordonnance, tout, en cette matière, est laissé à l'arbitrage des tribunaux. Nous ne citerons donc que comme exemples les cas que l'ordonnance avait prévus. Ce sont ceux d'ignorance du décès du défunt, d'opposition et de contestation, auxquels nous ajouterons celui où parmi les héritiers se trouveraient des militaires en activité de service, et dans l'intérêt desquels la loi du 11 ventôse an II prescrit des formalités qui nécessitent des retards.

Il faut remarquer que la prorogation du délai ne doit être accordée que pour faire inventaire, et non pour délibérer lorsque l'inventaire est fait; mais aussi cette prorogation accordée pour faire inventaire ne nuit jamais au délai

pour délibérer, qui ne commence à courir que du jour où le délai prorogé est expiré. — (*V.* RODIER, sur l'art. 4 du tit. 7, *Quest.* 1re.)

[[On peut ajouter les cas où la succession serait trop considérable, trop chargée de détails, où les biens seraient trop disséminés pour que le délai ordinaire pût suffire à la confection de l'inventaire.]]

762. *La veuve et la femme séparée ou divorcée conservent-elles le droit de renoncer après les délais, de même que l'héritier conserve celui de prendre la qualité d'héritier bénéficiaire ?*

A la différence de l'ancien droit coutumier de Bretagne, les délais accordés à la veuve, pour user de la faculté de renoncer, ne sont plus *péremptoires*, puisque la veuve qui a fait inventaire dans les trois mois du décès peut renoncer ensuite dans quelque temps que ce soit, pourvu qu'elle ne se soit pas immiscée dans les biens de la communauté. — (*V.* C. C. art. 1453.)

Mais l'inventaire doit toujours être fait dans les trois mois, sauf la prorogation judiciaire accordée sur la demande de la femme, en vertu de la deuxième disposition de l'art. 174. Ainsi la femme qui n'a pas demandé et obtenu cette prorogation, et qui n'a pas fait inventaire dans le délai ci-dessus, est déchue du droit de renoncer.

La preuve de cette proposition résulte des art. 1456 et 1459 du Code civil, combinés avec l'art. 174; car il eût été superflu que ces articles eussent autorisé la prorogation judiciaire, s'il n'avait pas été dans l'esprit du législateur de prescrire pour l'inventaire un délai fatal.

La troisième disposition de l'art. 174 consacre cette conséquence rigoureuse à l'égard de toute femme ayant droit au partage d'une communauté, puisque la faveur de la disposition est limitée à l'héritier dans les termes les plus formels.

[[L'opinion de M. Carré, quant à la déchéance de la femme commune qui n'a point fait inventaire dans le délai légal ou judiciaire, nous paraît fondée, quoique nous ne nous dissimulions pas la gravité de la difficulté.

On peut citer, pour l'appuyer, deux arrêts, l'un de la Cour de Bruxelles du 18 mai 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 306), le second de la Cour de Paris du 2 avril 1816. (*S.* t. 17. 2. 367.) Cependant il a été rendu un arrêt en sens contraire après partage, par la Cour de Metz, le 24 juillet 1824. (*S.* t. 25. 2. 334.)

L'opinion des auteurs paraît fixée contre la femme. *V.* MM. TOULLIER, t. 13, p. 200 n° 137, DALLOZ, t. 10, p. 256 n° 17, et MERLIN, t. 6, p. 529, v° *Inventaire*, § 5, n° 3, qui cite la discussion du tribunat.]]

763. *L'héritier est-il réputé héritier pur et simple, non-seulement à l'égard du créancier qui aurait obtenu contre lui, en cette qualité, le jugement passé en force de chose jugée, mais à l'égard de tous les autres ?*

Sans entrer dans la discussion à laquelle peut donner lieu la contradiction qui existe entre les termes des art. 174 du Cod. de proc., 800 du Cod. civ. et ceux de l'art. 1351 de ce dernier Code, nous résoudrons la question ci-dessus posée par l'affirmative, d'après l'opinion de M. MALLEVILLE, t. 2, p. 261, et de M. CHABOT sur l'art. 800; mais contre celle de M. PIGEAU, t. 1, p. 161 (1).

---

(1) Une raison très forte à l'appui de l'opinion que nous adoptons, se puise dans la circonstance que l'art. 174 du Code de procédure a répété les termes de l'art. 800 du Code civil, sans faire la distinction qu'aurait exigée l'art. 1351, si l'art. 800 n'avait

[[Les termes des art. 174 du Cod. de proc. et 800 du Cod. civ. ne nous paraissent pas assez formels pour établir une exception à ce principe si salutaire, que la chose jugée ne peut avoir de force qu'entre les parties, et la discussion au conseil d'Etat nous paraît devoir aider à l'interprétation de la loi. (*Locré*, t. 10, p. 103 à 108.)

Au reste, pour s'éclairer sur cette question qui se rattache plutôt au droit civil qu'à la procédure, on peut lire une dissertation complète de M. BONCENNE, au t. 3, p. 333, reproduite au *J. Av.*, t. 52, p. 263.

Cet auteur pense comme M. Carré. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 330, pose la question et la résout dans un sens contraire; il enseigne néanmoins que, si l'héritier a été condamné comme héritier pur et simple, il ne pourra plus, à la vérité, jouir du bénéfice d'inventaire, mais qu'il conservera toujours la faculté de renoncer. Enfin M. FAVARD, t. 2, p. 463, se range à l'opinion de MM. Boncenne et Carré, avec cette distinction importante qu'il veut, pour donner au jugement un effet même vis-à-vis des tiers, que la qualité d'héritier ait fait l'objet principal de la contestation ; *secùs* si elle n'a été jugée qu'*incidemment*.

M. DALLOZ, t. 12, p. 370, n° 15, embrasse notre opinion avec énergie, et il réfute avec une grande force les objections des auteurs qui nous sont contraires.]] **Supp. alph.**, V° *Bénéfice d'inventaire*, n. 110.

ART. 175. Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie, sera tenu de le faire dans la huitaine du jour de la demande originaire, outre un jour pour trois myriamètres. S'il y a plusieurs garants intéressés en la même garantie, il n'y aura qu'un seul délai pour tous, qui sera réglé selon la distance du lieu de la demeure du garant le plus éloigné.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 240, n°s 34, 35, 36, 38.]—Ordonn. tit. 8 art. 2 et 15.—C. C., art. 16, 26. — C. de P., art. 32 et suiv., 49, 177, 178, 181, 188, 337.—[Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Garantie*, n°s 1 à 8, 14 et 15.— Devillenenve, v° *Garantie*, n°s 45 à 47. — Arm. Dalloz, *ibid.*, n°s 489 à 501. — Carré, *Compétence*, édit. in-8°, t. 4, p. 59, 2e partie, liv. 2, tit. 3, *Q.* 252. — QUESTIONS TRAITÉES — Le garant qui n'a pas été appelé en cause dans le délai de huitaine de la demande originaire peut-il en exciper pour demander son renvoi? *Q* 764 — Le même délai courrait-il si la demande originaire ne contenait pas les faits qui peuvent donner lieu à la garantie? *Q.* 765.](1).

---

pas dû être entendu dans le sens que présentent ses expressions générales. En effet, les rédacteurs du Code de procédure n'auraient pas manqué de saisir l'occasion qui se présentait de faire cesser toute incertitude sur une question d'autant plus controversée, qu'elle dérivait d'une antinomie. Il faut donc considérer les art. 800 et 174 comme faisant exception à l'art. 1351, en ce qu'ils mettent sur la même ligne l'acte d'héritier et le jugement rendu contre un successible en qualité d'héritier pur et simple. C'est qu'en effet, comme nous l'avons dit sur la quest. 756, c'est faire acte d'héritier que de laisser passer en force de chose jugée une condamnation prononcée en cette qualité.

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que:

1° Celle des parties principales qui croit avoir des motifs suffisants d'avisager et mettre en cause une tierce personne, n'a point à demander la permission de l'assigner: l'événement de l'action qu'elle a la faculté de diriger est à ses risques. (Rennes, 29 mai 1809, *J. Av.*, t. 14, p. 431.)

2° On ne peut prononcer sur une demande en garantie lorsqu'il n'existe pas encore de demande principale. —(Rennes, 6 janv. 1815, *J. Av.*, t. 5, p. 336.)

3° L'acquéreur menacé d'éviction qui, au lieu d'assigner son vendeur en garantie, s'est borné à demander sa mise en cause, ne peut se plaindre de ce que les juges

CXXXIII. Nous rappellerons sur cet article les définitions que nous avons données ci-dessus, au tit. 6 du liv. 1er, de la garantie en général, et la distinction qu'il convient de faire entre la garantie formelle et la garantie simple. Soit qu'il s'agisse du garant formel que trouve dans son vendeur tout acquéreur troublé par une action hypothécaire, ou par une demande en revendication (Cod. civ., art. 1626), soit qu'il s'agisse du garant simple qu'aurait à appeler tout défendeur qui se serait mis dans le cas d'être poursuivi pour la dette d'un autre, la partie à laquelle est due la garantie peut d'elle-même, et sans avoir besoin que le juge l'ordonne, assigner son garant devant le tribunal saisi de la demande principale (1). Si de suite elle ne prend pas son parti, la loi lui accorde, pour former sa demande contre ce tiers, un délai qu'elle a *limité* à huit jours, afin qu'elle ne trouvât pas, dans l'exercice de ce droit, un moyen de paralyser par de trop longs retards l'action du *demandeur originaire* (2).

Ce délai, qui commence à partir de la signification de l'exploit introductif donné par celui-ci, est augmenté du temps nécessaire pour faire parvenir l'assignation au garant, et pour en faire revenir l'original au garanti, c'est à dire d'un jour par trois myriamètres de distance du domicile du garanti à celui du garant, et de pareil délai pour le retour. (*V.* nos *Quest.* sur l'art. 1033.)

Pendant le cours de ce délai l'action de ce dernier est suspendue, et c'est pour cela que la demande à fin de mise en cause d'un garant est une *exception dilatoire.*

764. *Le garant qui n'a pas été appelé en cause dans le délai de huitaine de la demande originaire peut-il en exciper pour demander son renvoi ?*

Non, parce que les délais dans lesquels la demande en garantie doit être formée sont établis dans l'intérêt du demandeur originaire, et dans la vue de ne pas fournir au défendeur un prétexte de retarder l'effet de l'action principale, en le laissant le maître de prolonger le terme des poursuites en garantie. (*V.* arrêt de la Cour de Bruxelles, du 10 juillet 1809, *S.* t. 10, 2e part., p. 53, et *J. Av.*, t. 14, p. 432, et RODIER, sur l'art. 2 du tit. 8 de l'ordonn. 1re *Quest.*)

[[Nous pensons que cette solution doit être suivie. Nous la retrouvons dans MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 230, n° 55; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 397; FAVARD, t. 2, p. 464; LEPAGE, p. 84; elle a été encore adoptée par deux arrêts, l'un de la Cour de Bordeaux, du 3 mai 1827 (*J. Arr.* de cette Cour, t. 2, p. 237), et l'autre de la Cour de Bruxelles, du 26 mai de la même année (*J. Arr.* de Bruxelles, t. 2, de 1827, p. 93). *V. infrà* notre question 766.]]

Supp. alph., V° *Garantie*, n. 6. 7.

---

n'ont pas attendu, pour rendre leur jugement, l'expiration d'un délai de huitaine à partir de l'instant où cette mise en cause aurait pu être opérée. *Cass.*, 12 nov. 1834, *J. Av*, t. 48, p. 157.]

(1) Quoique ce soit ordinairement au défendeur à former la demande en garantie, l'on peut néanmoins rencontrer des cas où le garant peut être appelé par le demandeur. Supposons, par exemple, que *Titius* eût cédé une créance à *Mœvius; Mœvius*, cessionnaire, agit contre *Sempronius*, pour le paiement de la dette; celui-ci la conteste; c'est à *Sempronius*, demandeur, à appeler en garantie son cédant *Mœvius*. **Supp.**, p. 234.

(2) Lorsqu'il y a mise en cause d'un garant, la partie qui a introduit l'instance sous laquelle l'action récursoire a été exercée est qualifiée demandeur originaire, le garanti est appelé *défendeur originaire*, *demandeur* en garantie, et le garant *défendeur en garantie.*

765. *Le même délai courrait-il si la demande originaire ne contenait pas les faits qui peuvent donner lieu à la garantie?*

Lorsque l'art. 175 prescrit que la demande en garantie sera formée dans le délai de huitaine, à compter du jour de l'assignation, c'est évidemment parce qu'il suppose que, dans le libellé de l'exploit, le défendeur aura trouvé des motifs d'appeler un garant.

Si donc ces motifs ne résultaient que d'une demande incidente ou de moyens explicatifs fournis par le demandeur dans le cours de l'instruction, il est juste que le délai ne coure qu'à compter du jour de la signification de l'acte contenant cette demande ou ces moyens. (*V.* arr. de la Cour de Bruxelles, du 31 mai 1809, *S.*, *ubi suprà*, et *J. Av.*, t. 14, p. 431.)

[[Voyez, pour confirmer cette opinion parfaitement équitable, un autre arrêt de la Cour de Bruxelles, du 30 oct. 1826 (*J. Arr.* de cette Cour, t. 1 de 1827, p. 179); et M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 464. Le délai ne peut en effet raisonnablement courir que du jour où la nécessité de l'appel en garantie s'est fait sentir.]]

ART. 176. Si le garant prétend avoir droit d'en appeler un autre en sous-garantie, il sera tenu de le faire dans le délai ci-dessus, à compter du jour de la demande en garantie formée contre lui; ce qui sera successivement observé à l'égard du sous-garant ultérieur.

CXXXIV. On voit que, dans le cas prévu par le présent article, et que certains praticiens indiquent sous le mot *contre-somation*, les règles et les délais prescrits pour le premier garant sont observés par celui-ci à l'égard du second, et ainsi de suite; c'est que tout garant est considéré comme défendeur, par rapport à celui qui le met en cause, et comme demandeur à l'égard de celui qu'à son tour il assigne en garantie.

ART. 177. Si néanmoins le défendeur originaire est assigné dans les délais pour faire inventaire et délibérer, le délai pour appeler garant ne commencera que du jour où ceux pour faire inventaire et délibérer seront expirés.

Ordonn., tit. 8, 1re partie de l'art. 3. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Garantie*, n°s 4, 9 et 10. — Arm. Dalloz, *ibid*, n°s 504 et 505. — QUESTIONS TRAITÉES : Doit-on conclure des art. 176 et 177 qu'on ne puisse appeler des garants après les délais qu'ils prescrivent? *Q.* 766. — La disposition de l'art. 177 s'applique-t-elle au garant qui aurait à mettre un sous-garant en cause, comme au défendeur originaire qu'elle désigne exclusivement? *Q.* 767.]

CXXXV. Il est sensible que si le délai pour appeler garant, courait à partir de la signification de l'exploit introductif, comme dans le cas de l'art. 175, celui qui aurait à opposer l'exception également dilatoire du délai pour faire inventaire et délibérer, serait tenu de procéder avant l'expiration de ce délai. Le législateur, par la disposition qui précède, garantit au défendeur originaire les avantages des deux exceptions.

[[Voyez M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 399 et 400.]]

766. *Doit-on conclure des art. 176 et 177 qu'on ne puisse appeler des garants après les délais qu'ils prescrivent?*

Non, sans doute: on ne peut conclure de ces articles rien autre chose, si ce n'est que, sur les conclusions du demandeur originaire, la demande en ga-

rantie formée après les délais ne peut plus arrêter la poursuite de la demande principale; encore bien qu'elle ait été notifiée : le tribunal peut donc et doit même refuser de joindre la demande en garantie à l'instance principale.

(*V.* RODIER sur les art. 2 et 5 de l'ordonn.)

[[Telle est l'opinion que nous avons émise dans notre *Journal des Avoués*, t. 14, p. 417. *V. suprà* notre question 764.]]

767. *La disposition de l'art. 177, s'applique-t-elle au garant qui aurait à mettre un sous-garant en cause, comme au défendeur originaire qu'elle désigne exclusivement?*

On remarque que cet article est conçu dans les mêmes termes que l'art. 3 du tit. 8 de l'ordonn. Or, sur cet article, Rodier résout affirmativement la question que nous posons, et il étend cette solution aux sous-garants ultérieurs : en sorte, dit-il, que le demandeur originaire est obligé d'attendre l'échéance de tous les délais qu'amènent les assignations en sous-garantie, avant de pouvoir poursuivre contre le défendeur originaire.

Même opinion de la part des auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 36, et de M. PIGEAU, t. 1, p. 167.

Nous croyons que l'on doit suivre cette opinion, et nous en donnons pour motif la disposition de l'art. 176, qui nous paraît prouver qu'il est entré dans l'esprit du législateur de donner au défendeur originaire le droit de se prévaloir de tout retard forcé qu'occasionne la mise en cause de son garant et des garants ultérieurs.

[[L'affirmative sur cette question résulte de l'esprit de la loi et de la combinaison des art. 176 et 177 du Code de procédure.

Il faut aussi décider que si le défendeur a obtenu une prorogation de délai pour faire inventaire, celui pour appeler son garant est également prorogé. *V.* M. DELAPORTE, t. 1, p. 182.]]

ART. 178. Il n'y aura pas d'autre délai pour appeler garant, en quelque matière que ce soit, sous prétexte de minorité ou *autre cause privilégiée* (1), sauf à poursuivre les garants, mais sans que le jugement de la demande principale en soit retardé.

[Notre Commentaire du Tarif, t. 1 p. 240. n°s 37 à 42] — Ordonn., tit. 7, art. 8. — C. de P., art. 33, 181. — [Arm. Dalloz, v^o *Garantie*, n° 506. — QUESTIONS TRAITÉES : Les causes des mineurs ou autres causes privilégiées admettent-elles une exception à la rigueur de l'art. 178? *Q.* 768. — La demande en garantie formée après le délai, ne pourrait-elle néanmoins être jugée avec la demande principale, si toutes deux étaient en état? *Q.* 768 *bis.*]

CXXXVI. L'ordonnance de 1667, après avoir, comme le fait le Code dans les articles précédents, réglé les délais pour appeler garant, disposait aussi qu'il n'y aurait point d'autres délais *en quelque matière que ce fût, sous prétexte de minorité ou autre cause privilégiée*, sauf, ajoutait-elle, APRÈS LE JUGEMENT de la demande principale, à poursuivre le garant. On voit que l'art. 178 n'oblige pas d'attendre que la demande principale soit jugée : il porte, *sauf à poursuivre le garant*, mais sans que le jugement de la demande principale soit retardé. En effet, disait le rapporteur de la loi au Corps législatif, « pourvu qu'on n'ap-

(1) *Ou autre cause privilégiée.* Telles sont les causes qui concernent les hospices, les établissements publics. Il résulte de l'art. 178 qu'ils ne peuvent faire valoir la faveur due à la cause, s'ils n'ont pas appelé en garantie dans les délais, sauf le recours contre les administrateurs coupables de négligence.

« porte aucun retard à la décision de la cause qui est en état d'être jugée, « chacun doit avoir le droit de poursuivre le garant quand il le veut; souvent « une poursuite tardive deviendrait inutile. »

[[V. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 334; BONCENNE, t. 3, p. 383; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 464; et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 401 et 402, qui partagent cette doctrine.]]

768. *Les causes des mineurs, ou autres causes privilégiées admettraient-elles une exception à la rigueur de l'art.* 178?

Le texte de la loi s'exprime si formellement pour la négative qu'il semble que la question ci-dessus ne peut en faire une, et cependant on a argumenté, pour l'affirmative, de l'art. 398, au titre de la péremption, en disant que le législateur ayant cru devoir expliquer son intention de faire courir la péremption contre l'Etat, les établissements publics et toutes personnes même mineures, on devait conclure qu'il n'avait pas entendu que les autres dispositions de rigueur fussent applicables à ces causes privilégiées.

Nous répondrons que l'on irait souvent contre l'intention de la loi, si l'on argumentait ainsi d'un cas particulier à d'autres cas; que, d'un autre côté, le principe d'après lequel on ne doit point distinguer, quand la loi ne distingue point, est absolu; et enfin, que l'argument tiré de l'art. 398 procède d'autant moins, que la disposition de cet article n'a été insérée dans le Code, qu'afin d'amener la déclaration que l'Etat, les établissements publics et les mineurs auraient leur recours vers leurs administrateurs et tuteurs.

[[Telle est bien aussi notre opinion : cependant il est utile de consulter M. PIGEAU, *Commentaire*, t.1, p. 401, qui, dans certains cas, accorde au mineur, la voie de la requête civile.]]

[[**768** bis. *La demande en garantie formée après le délai ne pourrait-elle pas néanmoins être jugée avec la demande principale, si toutes deux étaient en état?*

Oui sans doute : l'article que nous examinons permet d'assigner en garantie même après le délai, pourvu que la demande principale n'en soit pas retardée. Il est donc clair que, si l'on est à l'abri de cet inconvénient, le législateur n'a point voulu priver les parties de l'immense avantage de faire juger les deux causes en même temps. Tel est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 402. Aux observations présentées par M. Pigeau, p. 398, nous ajouterons que, l'art. 1033 accordant les délais nécessaires pour l'aller et le retour, le défendeur est toujours en droit d'attendre, pour justifier qu'il a appelé garant, jusqu'à l'expiration de tous les délais : peu importe au demandeur originaire l'époque à laquelle l'assignation a été donnée, pourvu qu'au moment où il pourrait requérir défaut, on justifie de l'assignation. V. aussi BOITARD, t. 2, p. 92.]]

Supp alph., V° *Garantie*, n. 12, 13.

ART. 179. Si les délais des assignations en garantie ne sont échus en même temps que celui de la demande originaire, il ne sera pris aucun défaut contre le défendeur originaire, lorsqu'avant l'expiration du délai il aura déclaré, par acte d'avoué à avoué, qu'il a formé sa demande en garantie; sauf, si le défendeur, après l'échéance du délai pour appeler le garant, ne justifie pas de la demande en garantie, à faire droit sur la demande originaire, même à le condamner à des dommages-intérêts, si la demande en garantie par lui alléguée se trouve n'avoir pas été formée.

T. 70. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1. p. 241, n°s 43 et 44.] — Ord., tit. 5, art. 8. — C. de P., art. 5, 337. — [Notre Dictionnaire général de Procédure v° *Garantie*, n°s 11, 14, 76. — Devilleneuve, v° *Jugement par défaut*, n° 28. — Carré, *Compétence*, édit. in-8°, t. 2 p. 37, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, art. 58. — Arm. Dalloz, v° *Garantie*, n°s 507, 508, et 512. — Locré, t. 21, p. 282. — QUESTIONS TRAITÉES : Comment faut-il procéder lorsqu'un garant mis en cause dans le délai ne comparaît pas? *Q.* 769 — Devant un tribunal de commerce, comment doit se faire la déclaration d'appel en garantie? *Q.* 769 *bis*. — La demande en garantie ne pouvant être jointe à la demande principale, quand le garant n'a pas été assigné dans les délais, en résulte-t-il que le demandeur pourrait faire rejeter l'intervention volontaire du garant dans l'instance? *Q.* 770]

CXXXVII. L'ordonnance de 1667 voulait que le défendeur originaire donnât au demandeur copie de l'exploit de demande en garantie et des pièces justificatives. On voit que l'art. 179 se contente d'une simple déclaration, parce qu'il pourrait arriver souvent que ce défendeur n'eût pas le temps nécessaire pour justifier de la demande; mais il est tenu d'en représenter la copie à l'expiration des délais fixés par la loi, et, si son allégation n'est pas justifiée, il pourrait être condamné aux dommages-intérêts, pour en avoir imposé à la justice et retardé les poursuites du demandeur.

769. *Comment faut-il procéder, lorsqu'un garant mis en cause dans les délais ne comparaît pas ?*

On n'appliquera point l'art. 153, qui n'est relatif qu'aux défendeurs appelés par le demandeur qui a introduit l'instance. Le demandeur originaire poursuivra donc sur la demande, et le défendeur principal obtiendra défaut contre son garant. L'art. 184 prouve que cette marche de procéder est la seule que l'on doive suivre, puisqu'il ordonne de disjoindre, même dans le cas de jonction, la demande principale et la demande en garantie, si celle-ci causait du retard au demandeur originaire. (*V. Quest.* de Lepage, p. 165.)

[[Nous avons développé notre opinion conforme sous la question 621 *sextò*, et nous pouvons invoquer la brillante discussion de M. BONCENNE, t. 3, p. 388 et suiv.]]

[[**769** bis. *Devant un tribunal de commerce comment doit se faire la déclaration d'appel en garantie ?*

Il est impossible de la faire avant l'audience, par acte d'avoué à avoué, puisqu'il n'y a point d'avoué devant cette juridiction. Alors la déclaration du défendeur, faite en présence du tribunal au jour de l'appel de la cause, doit suffire pour qu'il soit sursis au jugement jusqu'à l'expiration du délai de l'assignation en garantie. (*V.* arrêt de la Cour de Bordeaux, du 9 janv. 1829. *J. Arr.*, de cette Cour, t. 4, p. 9.]]

770. *La demande en garantie ne pouvant être jointe à la demande principale quand le garant n'a pas été assigné dans les délais, en résulte-t-il que le demandeur pourrait faire rejeter l'intervention volontaire du garant dans l'instance ?*

Non, si cette intervention n'était pas de nature à retarder le jugement de la cause principale. — (*V. Quest.* de Lepage, p. 166, et l'art. 340.)

[[Même motif de décider que pour la question 768 *bis*.]]

ART. 180. Si le demandeur originaire soutient qu'il n'y a lieu au délai pour appeler garant, l'incident sera jugé sommairement.

T. 75. — [Notre Comm. du Tarif, p. 242, n° 46.] — Ordonn., tit. 8, art 5 et 6. — C. de P., art 404. — Notre Dictionnaire général, v° *Garantie*, n°s 70 *bis* et *ter*. — Arm Dalloz, *ibid*, n°s 509 et 510. — Carré, *Compétence*, édit. in-8°, t. 2, p. 40, 1re part., liv. 1er, tit. IV, art. 58 — QUESTION TRAITÉE : Comment se forme l'incident dont il s'agit en l'art. 180? *Q.* 771.]

CXXXVIII. L'art. 180 n'indique point, comme l'avait fait l'ordonnance, les cas dans lesquels le demandeur originaire peut être fondé à contester qu'il n'y a pas lieu à joindre la demande en garantie à la contestation principale; c'est sans doute parce que l'on a craint qu'une semblable indication parût *limitative*, tandis qu'il eût été dans le vœu de la loi que le demandeur primitif fût admis à contester l'exception de garantie dans tous les cas où il se croirait fondé à prétendre qu'elle n'est opposée que pour éloigner le jugement du principal (1).

771. *Comment se forme l'incident dont il s'agit en l'art. 180?*

Par une requête *motivée*, signifiée d'avoué à avoué, conformément à l'art. 75 du Tarif; mais le même article admettant une requête en réponse, le demandeur originaire ne peut, qu'après huitaine, sommer d'audience pour plaider sur cet incident, qui est jugé sommairement, c'est-à-dire sur simple plaidoirie et sans rapport, ce qui emporte condamnation aux dépens contre celui qui succombe.

[[A la différence de la plupart des exceptions examinées jusqu'ici, ce n'est point par requête que l'exception de garantie doit être proposée, c'est par un simple acte d'avoué à avoué, qui doit contenir copie de l'assignation en garantie, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Comm. du Tarif* (t. 1, p. 241); cette assignation doit elle-même donner copie de la demande originaire (*Comm. du Tarif*, t. 1, p. 240.). Mais, lorsque le premier demandeur veut contester l'opportunité du délai, c'est alors la voie de la requête qui lui est ouverte. M. Carré l'enseigne avec raison, ainsi que MM. DELAPORTE, p. 184, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 465, et BOITARD, t. 2, p. 94. Sur la question plus controversée de la taxe de ces incidents, *V.* notre titre des matières sommaires.]]

ART. 181. Ceux qui seront assignés en garantie seront tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils *dénient* (2) être garants ; mais, s'il paraît par écrit ou par

---

(1) Voici, au reste, quels étaient les cas que l'ordonnance avait prévus, et qui peuvent encore servir comme exemples sous l'empire du Code actuel :

1° Si le garant n'avait pas été appelé dans les délais de la loi;

2° Quand le défendeur originaire avait répondu à la demande sans avoir appelé son garant ;

3° Quand la personne appelée en garantie n'en doit aucune au défendeur originaire.

(2) Les cas où la garantie est ordinairement déniée sont les suivants :

1° Quand celui que l'on appelle en garantie n'est pas la personne qui a vendu au défendeur originaire;

2° Quand il n'est pas, comme le prétendrait celui-ci, héritier de celui qui a vendu, soit qu'il ne l'ait jamais été, soit qu'il ait renoncé à la succession;

3° Quand il a fait à celui qui veut l'appeler donation du fonds pour lequel ce dernier est inquiété; car, dans cette circonstance, il n'a reçu aucune indemnité; il a donné au défendeur originaire ce qu'il possédait, et tous les droits qu'il pouvait avoir sur la chose. Il y a cependant trois exceptions à ce sujet: d'abord, s'il y a stipulation de garantie dans la donation; ensuite lorsque le donateur a été de mauvaise foi; par exemple, s'il n'a donné l'immeuble que pour s'épargner les embarras de la garantie en cas d'une demande en éviction dont il eût été menacé; enfin, s'il a garanti *les faits et promesses ;*

4° Quand il a reçu le fonds par legs (C. C., art. 1021);

5° Quand il a vendu avec stipulation de non garantie : car il n'est alors obligé qu'à celle de ses faits personnels (C. C., art. 1628);

6° Enfin, si le défendeur originaire s'est laissé condamner, comme il est dit en l'art.

l'évidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que pour les traduire hors de leur tribunal, ils y seront renvoyés.

Ordonn. tit. VIII, art. 8.— C. de Comm., art. 631. — C. de P., 59, 168. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Garantie*, n°s 18 à 21, 25 à 29, 31 à 37, 44, 45, 47 à 70. — Devilleneuve, *ibid*, n°s 17 à 44. — Arm. Dalloz, *ibid*, n°s 513 à 533. — Carré, *Compétence*, IIe part., liv. III, t. 4, p. 514, appendice aux art. 384, 385, 386, et art. 398. — Locré, t. 21, p. 437. — QUESTIONS TRAITÉES: Devant quels tribunaux, et à quelle époque de la procédure, un garant peut-il être appelé en cause? La garantie peut-elle être portée *de plano* devant un tribunal d'appel? Que doit-on décider lorsqu'un huissier est poursuivi pour avoir fait un acte d'appel entaché de nullité? *Q.* 771 *bis*.—L'art 181 autorise-t-il à appeler le garant devant un tribunal auquel la loi n'aurait pas attribué la connaissance de la matière à laquelle se rapporterait l'action en garantie? *Q.* 772. — Peut-on, sous le cours d'une instance d'appel, mettre pour la première fois un garant en cause? *Q.* 773 — La Cour d'appel devant laquelle est portée, pour la première fois, la demande en garantie, peut-elle d'office la rejeter? *Q.* 773 *bis*. — Dans les cas où il paraîtrait par écrit ou par l'évidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que pour distraire les garants de leurs juges naturels, le tribunal devant lequel ils sont traduits doit-il prononcer leur renvoi d'office? *Q.* 774 — Si la demande principale a été portée devant un tribunal incompétent à raison du domicile du défendeur originaire, le garant appelé par celui-ci pourra-t-il proposer le déclinatoire négligé par lui? *Q.* 774 *bis*.] (1)

1640 du Codecivil; ou s'il n'a pas appelé son vendeur, *et que celui-ci prouve qu'il existait des moyens de défense qui n'ont point été employés.*

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'une lettre de change est tirée sur quelqu'un qui doit, et qui a promis par lettre d'acquitter toute traite; qu'il arrive néanmoins que cette lettre de change ne soit pas acceptée, et que par suite il y ait recours contre le tireur, le tiré peut être appelé en garantie devant le même tribunal. (*Cass.*, 12 *juill.* 1814, *S.* t. 14, p. 172, *J. Av.*, t. 14, p. 456.)

2° Mais le tiré appelé en garantie pourrait, à raison du défaut d'expression de valeur dans une lettre de change et de l'endossement en blanc, demander son renvoi devant ses juges naturels, parce qu'en ce cas l'endossement n'est qu'un simple mandat, et que rien n'annonce d'ailleurs que, dans le fait, le demandeur originaire eût reçu des porteurs des valeurs réelles : d'où s'infère l'application directe de l'art. 181, c'est-à-dire que la demande originaire n'a été formée que pour traduire le tiré hors de son tribunal. (Rennes, 1er mai 1812, V. *Q.* 772, et *J. Av.*, t. 14, p. 440.)

3° Celui qui est appelé en garantie en vertu d'un jugement portant condamnation contre le garanti, mais en même temps autorisation à celui-ci de mettre le garant en cause devant le tribunal, ne peut demander son renvoi devant ses juges naturels, sans attaquer par les voies légales le jugement qui a ordonné sa mise en cause. (Rennes, 27 fév. 1842, *J. Av.*, t. 14, p 440.)

NOTA. Cette décision qui, au premier coup d'œil, peut paraître en opposition avec l'art. 178 et ce que nous avons dit précédemment, nous paraît néanmoins bien fondée, en ce que le tribunal qui avait ordonné la mise en cause devant lui, s'étant déclaré compétent, n'eût pu, sans se réformer, admettre dans l'état le déclinatoire du garanti.

4° L'appréciation des cas dans lesquels il paraît que la demande originaire n'a été formée que pour distraire le garanti de sa juridiction naturelle, ne donne point lieu au pourvoi en cassation, l'erreur, sur ce point, ne pouvant offrir tout au plus qu'un mal jugé. (*Cass.*, 12 juill. 1814, *S.*, t. 14, p. 172.)

5° La demande en garantie ne doit pas être portée au tribunal saisi de la demande principale, lorsque, indépendamment de sa demande en garantie, le demandeur soumet au tribunal, pour arriver à cette demande, une action principale indépendante de la première. (Bordeaux, 30 mai 1829; *J. Arr.* de cette Cour, t. 4, p. 315.)

6° Le mandataire par la faute duquel une lettre de change n'a pas été payée, peut être appelé en garantie devant les juges saisis de la demande principale. (*Cass.*, 16 nov. 1826; *J. Av.*, t. 33, p. 83.)

7° Jugé aussi que le père qui a chargé un négociant de fournir des fonds à son fils, est un garant qui peut être appelé devant le tribunal du domicile de ce dernier. (Paris, 12 fév. 1814, *J. Av.*, t. 14, p. 450.)

8° Celui qui a succombé dans l'action qu'il avait intentée contre un voiturier pour avances de marchandises, peut ensuite et pour le même motif, poursuivre les expéditeurs devant le tribunal où il avait porté sa

CXXXIX. L'obligation que la loi impose ici au garant, de procéder devant le tribunal qui se trouve saisi de la demande originaire, est fondée sur la connexité des deux demandes, sur la nécessité d'éviter autant que possible la contrariété des jugements qui pourraient intervenir devant deux tribunaux différents; enfin, sur l'utilité que présente l'exercice de la garantie pendant l'instance primitive, en ce qu'elle tend à empêcher qu'un garant ne déclinât la compétence du tribunal, ou ne déniât être garant, à dessein de se ménager un prétexte pour soutenir, dans une instance séparée, que la condamnation du défendeur originaire a été le résultat d'une défense ou mal conçue, ou incomplète. Mais, d'un autre côté, il était juste d'accorder au garant le droit de requérir son renvoi, lorsque l'action en garantie ne serait évidemment formée que pour le priver de sa juridiction naturelle (1).

---

première demande, sans que ceux-ci puissent opposer le déclinatoire, lorsqu'il apparaît, d'après les circonstances de la cause, qu'ils se sont soumis à la juridiction de ce tribunal ou que c'est par suite d'un fait à eux personnel, que le demandeur a divisé son action, et qu'il ne les a pas appelés en garantie dans sa première instance. (Aix, 15 janv. 1813, *J. Av.*, t. 14, p. 444.)

9° Mais le garant mis hors de cause, par un arrêt qui, tout en rejetant la demande subsidiaire en garantie, a fait droit aux conclusions principales du défendeur, peut, dans le cas d'une admission du pourvoi en cassation formé contre cet arrêt, être cité devant la section civile de la Cour de cassation par le demandeur originaire en garantie, qui conserverait ainsi son droit de recours si l'arrêt était cassé. (*Cass.*, 14 déc. 1819, *J. Av.*, t. 11, p. 473.)

10° Le commissionnaire cité devant la chambre civile de la Cour de cassation pour défendre à la cassation d'un arrêt qui le relaxe des demandes intentées contre lui, comme responsable de ses sous-commissionnaires, peut y assigner en garantie ses sous-commissionnaires, quoique le pourvoi du demandeur principal n'ait pas été dirigé contre eux, et que par suite leurs noms ne figurent pas dans l'arrêt d'admission. (*Cass.*, 2 déc., 1833, J. *Av.*, t. 46, p. 41.)

11° La règle que toute demande en garantie doit être suivie devant le tribunal où la demande originaire est pendante s'applique en matière de commerce comme en matière civile. (Bourg, 30 août 1813, *J. Av.*, t. 14, p. 445.)

12° Le débiteur, actionné en stellionat, peut, par voie de demande en garantie, assigner un créancier hypothécaire à fin de main-levée de son inscription devant le tribunal où la cause est pendante. (Paris 7 août 1828, *C. des Trib.*, 9 août 1828.) V. Q. 266.

13° La transaction entre le demandeur et le défendeur au principal, hors de la présence du garant, n'anéantit pas la demande accessoire en garantie, de telle sorte que, si le demandeur en garantie veut exercer son action, il soit obligé de reprendre sa demande et de citer en conciliation. En ce cas, le garant est tenu de plaider devant le tribunal où la demande originaire était pendante, lorsque ce tribunal n'est pas celui de son domicile. (Trib. d'Aurillac, 14 juill. 1829, *Courr. des Trib.* du 24.)

14° Sous le Code de procédure civile, de même qu'auparavant, toute demande en garantie, lors même qu'elle n'est fondée que sur un fait de responsabilité, et non sur un titre positif, doit être suivie devant le tribunal où la demande originaire est pendante. (Gren., 4 déc. 1824, *J. Av.*, t. 29, p. 302.)

15° Le juge de paix saisi d'une action en réintégrande peut connaître accessoirement d'une action en garantie. (*Cass.*, 1er janv. 1809, *J. Av.*, t. 14, p. 430, n. 19. — V. M. Fav. de Langl., v° *Complainte*, sect. 2, n. 13; la nouvelle loi sur les justices de paix du 25 mai 1838 et le *Commentaire* de notre honorable collègue M. Benech.)

16° Lorsque, de deux défendeurs assignés devant un tribunal de commerce en condamnation solidaire, l'un sur sa demande a été renvoyé devant les tribunaux ordinaires, le demandeur ne peut pas former contre lui une demande incidente, pour reproduire ses conclusions premières, lorsque la partie qui est restée passible de la juridiction commerciale a appelé en garantie celui qui avait obtenu son renvoi. (Metz, 22 mai 1824, *J. Av.*, t. 28, p. 243.)

(1) Par exemple, 1° lorsque, sous pré-

[[771 bis. *Devant quels tribunaux, et à quelle époque de la procédure, un garant peut-il être appelé en cause? La garantie peut-elle être portée* de plano *devant un tribunal d'appel? Que doit-on décider lorsqu'un huissier est poursuivi pour avoir fait un acte d'appel entaché de nullité?* V. Q. 1677 *sexies*.

Il y a parfois des questions presque insolubles. Le silence de la loi, des vices de rédaction rendent au moins les solutions fort difficiles en matière de garantie.

L'avis que nous émettrons sur une partie des questions posées contrariera, soit des dispositions expresses, soit même, il faut le reconnaître, les règles de la raison.

Personne ne s'étonnera de notre aveu assez naïf, quand on saura que M. Boncenne, termine une de ses discussions les plus nerveuses par ces mots: « *On va se récrier, et dire qu'il y a implication dans ces conséquences, et que j'ai tra-* « *versé quelques vérités pour me précipiter dans l'absurde; on va me demander le* « *moyen de mettre ces conséquences en action, sans qu'elles se heurtent et s'entre-* « *détruisent. Voici comment je l'entends.* (V. *infrà*, p. 265.)»

Il serait téméraire de nous flatter que, dans une matière aussi ardue, notre opinion servira de guide; la jurisprudence subit d'ailleurs le plus souvent l'influence des faits et de la position de parties.

Toutefois notre doctrine pourra se résumer en quelques principes assez faciles à saisir; nous n'aurons plus qu'à en déduire les conséquences pour apprécier les nombreux arrêts que nous avons à examiner (1).

Voici le texte de la loi:

Art. 59.—*En matière de garantie, le défendeur sera assigné devant le juge où la demande originaire est pendante.*

Art. 181. *Ceux qui seront assignés en garantie seront tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils dénient être garants.*

Après la lecture de textes aussi positifs, on serait tenté d'admettre que, toutes les fois qu'un défendeur juge à propos de ne plus soutenir seul la charge du procès intenté, il a le droit d'appeler en cause avec lui le garant que la loi ou les conventions lui accordent.

Ces deux articles ne contiennent aucune distinction : que ce soit en première instance, que ce soit en appel, peu importe, pourrait-on dire. Si c'est en appel, le garant supportera moins de frais; du reste la cause a déjà été plaidée, discutée en première instance, de quoi pourra se plaindre celui qui sera appelé en garantie? — dès là qu'il est incontestable qu'il peut être poursuivi

---

texte qu'un particulier doit le montant d'une lettre de change, on l'a appelé en garantie, quoiqu'il ne l'ait ni tirée, ni acceptée, ni endossée. (*Cass.*, 12 fév. 1811, *Denevers*, 1811, p. 303, et 17 juin 1817, *Bullet. offic.*) Mais la caution solidaire et garante peut être assignée devant le tribunal du défendeur, et conjointement avec lui, pour être condamnée solidairement. (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Connexité*, et *J. Av.*, t. 14, p. 420.)

(1) [Nous croyons nécessaire de faire observer qu'il est utile d'être bien fixé sur les principes en matière de garantie, tant dans l'intérêt du garant que dans celui du garanti; car si l'instance en garantie est portée devant un tribunal autre que le tribunal devant lequel est pendante l'instance principale, le garant aurait le droit de demander son renvoi, et du reste, lors même que l'instance principale est vidée, il s'élève ordinairement un préjugé défavorable contre celui qui s'est laissé condamner, sans appeler son garant en cause.]

même après l'arrêt de la Cour, n'est-ce pas lui rendre service que de ne pas laisser préjuger la question par cet arrêt?

Mais, à ces conséquences toutes naturelles et même toutes logiques, l'appelé en garantie oppose deux principes qui ne permettent plus une application aussi simple des art. 59 et 181.

Par rapport à moi, dit-il, l'action en garantie est une demande principale, et tout défendeur a droit à deux degrés de juridiction.

A cet argument point de réplique possible; ce n'est donc plus par voie de conséquences naturelles et logiques que doivent être recherchées l'explication, l'interprétation de ces deux articles, c'est par une harmonisation des principes généraux de la législation avec les principes consignés dans certaines lois particulières.

Quant à nous, voici notre théorie :

1° Les art. 59 et 181 ne s'appliquent qu'au domicile du garant qui ne devient plus pour lui attributif de juridiction.

Quoique la garantie ait toujours pour origine une obligation personnelle, il sera obligé de plaider devant le tribunal de celui qui l'appelle à sa garantie; mais si, à raison de la matière, le garant, assigné en dehors de l'action principale, eût obtenu un autre tribunal que celui devant lequel on vient le traduire, il peut alors demander son renvoi devant ses juges naturels.

2° Pour que les art. 59 et 181 soient applicables, il faut que l'instance n'ait encore reçu aucun préjugé par suite d'un jugement de première instance, et qu'appelé en intervention, le garant obtienne autant de degrés de juridiction qu'il en eût obtenu s'il avait été appelé séparément.

3° Une exception doit être admise lorsque, par suite de lois spéciales, l'affaire principale est portée, *omisso medio*, devant une Cour royale, ou que la cause de la garantie est postérieure au jugement de première instance; à moins toutefois qu'une disposition de loi, également spéciale, n'accorde aussi le privilége d'une autre juridiction.

De ces principes découlent les conséquences suivantes:

§ 1er. On ne peut pas traduire devant un tribunal de commerce, à raison soit du non paiement d'une lettre de change, soit de la nullité d'un protêt, un individu non commerçant qui n'a fait que garantir le paiement, l'huissier ou le notaire qui ont commis une nullité, de même qu'on ne peut pas traduire devant la Cour de cassation l'huissier qui a commis une nullité dans la signification de l'arrêt d'admission.

Telle est la doctrine de MM. CARRÉ, BOITARD, t. 2, p. 96, BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 81, PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 405, BONCENNE, t. 3, p. 402, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 337 et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 465.

Nous avons réuni sous la *Quest.* 772 les divers monuments de la jurisprudence. Voy. aussi Q. 1265 *bis*.

La même solution serait applicable toutes les fois qu'on voudrait porter une demande en garantie devant un tribunal criminel ordinaire ou militaire, devant un tribunal de prud'hommes, devant un conseil de préfecture ou bien devant un tribunal civil en chambre de conseil jugeant en dernier ressort.

Du moins, dans ce dernier cas, le garant aura le droit d'interjeter appel (Orléans, 30 sept. 1832, *J. Av.*, t. 32, p. 129.)

Devra-t-on considérer comme un tribunal d'exception, à l'egard d'un conservateur des hypothèques, le tribunal qui ne sera pas celui de son domicile?

Le 28 mars 1814, la Cour de Paris a décidé l'affirmative. (*J. Av.* t. 14, p. 452.) Cette Cour se fonde uniquement sur ce qu'*un conservateur des hypothèques n'est tenu de répondre des faits de sa garantie que devant le juge de l'arrondissement de son bureau, et qu'il ne peut en être distrait sous prétexte d'une citation*

en garantie qui n'est jamais à son égard qu'une demande principale à fin de dommages-intérêts.

Nous ne pouvons partager cette opinion : la loi, en déclarant les conservateurs responsables, les a soumis à une garantie qui ne diffère point de celle qui serait stipulée pour toute espèce de préjudice. La garantie du conservateur, comme toute autre garantie, dépend de la décision qui interviendra sur la demande originaire, et il serait injuste d'exiger que le défendeur principal resistât seul à cette demande, pour venir ensuite débattre avec le garant la même question devant un autre tribunal. L'art. 9 de la loi du 21 ventôse an 7 (1) est plutôt dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt des conservateurs, et du reste rien n'indique qu'il contienne une attribution forcée de juridiction. **Supp. alph.**, V° *Garantie*, n. 24 et s.

§ 2. On ne peut pas traduire garant en cause devant un tribunal d'appel (*Voy.* les autorités sous notre *Quest.* 773.)

Ainsi un notaire ne pourrait pas être appelé en garantie devant une Cour qui serait saisie par demande nouvelle de la nullité d'un testament.

§ 3. On peut traduire *de plano* devant une Cour royale dans les trois cas suivants et autres analogues.

1° Jugement qui valide une saisie-arrêt faite par Pierre au préjudice de Jacques pour une somme de deux mille francs.

Cession du bénéfice de ce jugement par Pierre à Paul. Dans l'acte de cession il est établi que la créance résulte d'un jugement par défaut contre lequel l'opposition n'était plus permise par suite d'une exécution consommée. Devant la Cour, Jacques prend des conclusions tendant à établir que le jugement par défaut qui a servi de base à la saisie était périmé depuis longtemps.

Paul assigne Pierre en garantie devant la Cour royale, celui-ci oppose le principe des deux degrés de juridiction : est-il fondé? Nous ne le pensons pas, parce que l'action en garantie a une cause postérieure au jugement de première instance et que dès lors rien ne doit arrêter l'application des art. 59 et 181.

2° Des frais d'appel sont dus à un avoué exerçant près d'une Cour royale; son client meurt et laisse quatre héritiers.

Un de ces héritiers cède à un étranger sa part dans l'hérédité.

L'avoué poursuit les quatre héritiers en paiement des frais qui lui étaient dus par leur auteur, et, en vertu de l'art. 60, il les assigne devant la Cour royale.

L'héritier cédant a-t-il le droit d'appeler à sa garantie *de plano* devant la Cour royale celui à qui il a cédé tous ses droits ?

L'affirmative nous paraît certaine par la raison que nous donnions tout à l'heure et par ce motif que le cessionnaire, s'il eût été attaqué directement par l'avoué, l'eût été également devant la Cour royale.

3° Enfin la Cour de cassation, le 4 ventôse an XI (*J. Av.* t. 9, p. 58, et *J. P.* 3e édit. t. 3, p. 171), a consacré les même principes en se fondant *sur ce que les*

---

(1) [Voici le texte de cet article : « Les « préposés à la conservation des hypothè- « ques auront domicile dans le bureau où « ils rempliront leurs fonctions, pour les « actions auxquelles leur responsabilité « pourrait donner lieu. — Ce domicile est « de droit : il durera aussi longtemps que « la responsabilité des préposés; toutes « poursuites à cet égard pourront y être « dirigées contre eux, quand même ils se- « raient sortis de place, ou contre leurs « ayants cause. »]

circonstances de la cause avaient été tellement impérieuses que l'assigné n'avait pu suivre une autre marche pour mettre son garant en cause.

Voici ces circonstances telles qu'elles sont rapportées par le *Journal du Palais :*

Violleau avait, par un jugement de première instance confirmé sur l'appel, obtenu une condamnation pécuniaire contre Blondet. Il fit au citoyen Jousseraud le transport du montant de cette condamnation.

Celui-ci se disposait à poursuivre l'exécution de ces jugements lorsque Blondet attaqua le dernier par la voie de la requête civile.

Jousseraud appela Violleau en garantie. Jousseraud prit le soin, d'abord, de le citer en conciliation ; mais, à défaut de conciliation, il l'assigna directement devant le tribunal d'appel de Poitiers, où la requête civile était pendante.

Par un jugement du 18 ventôse an X, ce tribunal statuant d'abord sur le rescisoire, déchargea Blondet des condamnations prononcées contre lui ; puis sur la demande en garantie, il condamna Violleau à garantir Jousseraud et à le rendre indemne.

Recours en cassation de la part de Violleau qui a prétendu que le tribunal d'appel aurait dû s'abstenir de statuer sur la demande en garantie, par la raison qu'elle n'avait pas subi l'épreuve d'un premier degré de juridiction. Il a invoqué les lois des 1er mai et 24 août 1790, 3 brum. an II et 27 vent., an VIII. C'est sur ces faits qu'est intervenu l'arrêt que nous venons de rappeler.

§ 4. Cependant si, sur l'appel, l'intimé demande la nullité de l'exploit et que l'appelant veuille appeler à sa garantie l'huissier qui a signifié l'exploit, l'art. 73 du décret du 14 juin 1813, s'opposera à ce que la Cour royale puisse être saisie de cette demande en garantie.

En rapportant un arrêt de la Cour de Grenoble du 12 janvier 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 118) nous avions déjà émis notre opinion en termes positifs. La Cour de Grenoble, avons-nous dit, a donné pour tout motif de sa décision qu'il résultait de l'art. 71 que la condamnation devait être prononcée par le tribunal qui statuait sur la nullité de l'exploit ; d'abord rien, dans l'art. 71, aucun mot même n'indique la pensée du législateur qui a paru en résulter d'une manière si évidente aux magistrats de Grenoble ; l'art. 71 est au contraire conçu dans les termes les plus généraux. Il laisserait donc la matière dans les principes ordinaires, si un décret qui a force de loi n'avait introduit une exception formelle pour les instances en garantie contre les officiers ministériels. La Cour de Grenoble n'a point parlé de l'art. 73 du décret du 14 juin 1813 qui, cependant, contient une attribution de juridiction assez énergique et qui spécifie même la seule exception admissible ; on conçoit facilement les motifs de cet art. 73. Ils sont fort nombreux et il nous suffira d'en signaler quelques-uns.

Les tribunaux près desquels chaque officier ministériel exerce ses fonctions sont à portée d'apprécier le mérite et la conduite de chacun, ils ont le droit d'appliquer l'art. 1031 dans toute sa rigueur ; eux seuls peuvent réunir assez de documents pour rendre une justice impartiale entre les parties qui se plaignent et l'officier ministériel qui est attaqué.

Si l'opinion de la Cour de Grenoble était adoptée, un huissier de la capitale pourrait être appelé en garantie le même jour, sur tous les points de la France. s'il était assez heureux pour obtenir des remises qui lui faciliteraient les moyens d'aller expliquer sa conduite à chaque tribunal, il serait bien utile qu'il y allât en personne puisque chaque tribunal aurait le droit de le suspendre et de le ruiner en domages-intérêts : que deviendrait son état ?... que deviendrait le service des tribunaux, si chaque huissier était ainsi appelé, à raison de ses fonctions, à une distance très éloignée du lieu où il exerce?

Il faut faire attention qu'il ne suffit pas de simples conclusions de la part du défendeur en nullité, pour que l'officier ministériel soit condamné; il faut qu'il soit assigné à domicile pour venir défendre son acte. Dans ce cas, ou la partie attaquée n'attendra pas l'arrêt de la Cour, et elle mettra en cause l'huissier, dès que les conclusions en nullité seront posées; mais alors les actions en garantie vont devenir innombrables, surtout en matière de saisie; ou bien, elle attendra que le tribunal ait rendu une décision quelconque; mais, après le jugement rendu, l'action contre l'huissier deviendra une action principale et la partie dont l'exploit aura été annulé sera forcée d'assigner l'officier ministériel devant le tribunal de son domicile. Disons-le donc, l'art. 71 du décret de 1813 est basé sur les mêmes motifs d'intérêt public que l'art. 60, Cod. proc. civ.

M. Boncenne, après avoir discuté avec habileté et d'une manière très approfondie toutes les objections présentées dans les divers systèmes, arrive à la conciliation que voici :

« De ces principes trop étendus peut-être, je conclus : 1° que les juges d'appel sont incompétents pour statuer sur une demande en garantie portée devant eux *omisso medio*, et que le silence ou l'adhésion du garant, quel qu'il soit, ne couvre point cette incompétence, parce qu'elle est matérielle, absolue, radicale; 2° que, dans le cas particulier d'un recours exercé contre un huissier à cause de la nullité qu'il aurait commise en signifiant un acte d'appel, les condamnations ne peuvent être prononcées que par le tribunal de première instance de l'arrondissement où il réside; 3° que néanmoins il appartient aux juges d'appel seuls de statuer sur la nullité de l'appel, et de déclarer la chance qu'il aurait pu obtenir, s'il eût été régulier.

« On va se récrier et dire qu'il y a implication dans ces conséquences, et que j'ai traversé quelques vérités pour me précipiter dans l'absurde. On va me demander le moyen de mettre ces conséquences en action, sans qu'elles se heurtent et s'entre-détruisent.

« Voici comment je l'entends:

« Vous êtes appelant; votre exploit d'appel est argué de nullité: c'est l'acte introductif d'une instance à la Cour royale, et c'est là que devra être jugée la question de nullité. A cet égard le doute n'est pas permis.

« L'huissier est responsable de sa faute, suivant l'exigence des cas; ce point n'est pas plus contestable.

« Vous voulez être garanti du dommage qui peut vous en advenir.

« Vous assignerez donc cet officier ministériel à comparaître devant la Cour non pour le faire immédiatement condamner à vous payer des dommages intérêts, au cas où la nullité serait admise, mais pour assister dans la cause, pour défendre la forme de son exploit, pour qu'il ne vienne pas vous objecter, en définitive, qu'à tort vous vous étiez chargé seul de ce soin, et que vous vous en êtes mal acquitté.

« Vous conclurez aussi à ce que la Cour veuille bien déclarer que le jugement dont vous aviez interjeté appel aurait été réformé, si cet appel eût été régulier, et vous demanderez acte de la réserve de tous vos droits et actions de garantie, à raison de la nullité, pour les exercer devant les juges compétents.

« Ces conclusions n'auront rien d'insolite; car les cours qui croient pouvoir après l'annulation d'un appel, statuer sur le fond de *la garantie* et sur les dommages-intérêts réclamés contre l'huissier entrent nécessairement dans l'examen du bien ou du mal jugé, pour constater la vérité du préjudice et pour en apprécier les résultats.

« La marche que j'indique me paraît conforme à la nature des choses, à la distribution légale des pouvoirs judiciaires, à la lettre et à l'esprit du décret. »

Il nous semble impossible d'admettre la conciliation proposée par le savant

au eur de la *Théorie de la Procédure civile*, et qui nous paraît se résumer en une procédure tellement extraordinaire que nous mettons au défi de citer un précédent. M. Boncenne veut que les Cours royales donnent une consultation devant avoir force de chose jugée.

Les objections se présentent en foule à notre esprit pour repousser un système aussi étrange.

Quoi! un huissier sera appelé non pour être condamné, mais pour être spectateur bénévole!

Quoi ! la Cour prononcera la nullité, puis, quand elle ne sera plus saisie de en, elle appreciera le fond pour rédiger sa consultation !

Cette consultation pourra être attaquée devant la Cour de cassation, et tout cela aux frais du demandeur; car l'huissier ne peut pas encore être condamné.

Et, quand l'affaire reviendra ensuite devant le tribunal de première instance et qu'il ne s'agira que de l'appréciation du dommage causé, l'arrêt-*consultation* formera contre l'huissier un préjugé tellement fort qu'il y aurait violation de la chose jugée, si ce tribunal n'accordait aucuns dommages ; ce système ne priverait-il pas l'huissier du premier degré de juridiction ?

Et, si une Cour royale est appelée en pareil cas à donner une consultation d'une nature aussi insolite, la Cour de cassation, sera-t-elle donc aussi appelée à casser non plus dans l'intérêt actuel des parties, ou dans l'intéret de la loi, mais dans l'interêt eventuel du demandeur?

A toutes ces questions, des réponses satisfaisantes ne nous paraissent pas possibles. Et quoique nous soyons forcé d'avouer qu'il sera souvent *absurde* de renvoyer l'appréciation du dommage causé par une nullité d'acte d'appel au tribunal qui aura rendu le jugement attaqué, la force des principes, de ceux-là mêmes posés par M. Boncenne, nous conduit à cette conséquence que le tribunal de première instance sera seul compétent pour connaître, sans précédents établissant un préjugé, la demande en garantie exercée contre un huissier de son ressort.

Du reste, si le tribunal n'accorde pas les dommages-intérêts auxquels la partie aurait eu droit, la voie d'appel lui est ouverte et tout rentre alors dans un etat normal.

Combien de cas ne pourrions-nous pas citer, en matière criminelle et en matière civile, où un tribunal de première instance appelé à juger peut, par sa décision, contrarier un arrêt de Cour royale et même de cassation ?

Voici l'état de la jurisprudence:

Il a été jugé par la Cour de cassation, les 24 janv. 1828, 9 déc. 1829, 18 fév. 1834 (*J.Av.*, t. 35, p. 98; t. 38, p. 135, et t. 47, p. 471), et par la Cour de Besançon, le 10 janv. 1820 (*J. Av.*, t. 12, p. 513), conformément à notre doctrine, *sup.*, § 3, que, si la cause de la garantie était née depuis l'appel entre parties qui avaient déjà figuré en première instance, la demande en garantie pouvait être formée pour la première fois en appel.

Sur la demande en garantie dirigée contre l'huissier qui a signifié un exploit d'appel nul, on trouve un arrêt de la Cour de cassation du 8 nov. 1820, qui décide que l'action à exercer contre celui qui aurait commis une nullité dans la signification d'un arrêt d'admission est de la compétence des tribunaux ordinaires. Le 22 déc. 1828 (*J.A.*, t. 36, p. 88), la Cour de Bourges a jugé que l'huissier ne pouvait être traduit devant elle, pour les dommages qu'il devait à raison de la nullité d'un exploit d'appel, et l'a renvoyé devant le tribunal de son domicile, quoiqu'il eût déjà sollicité une remise pour plaider sur la garantie; d'où il suit que l'exception, d'après cette Cour, ne pouvait être couverte. Le 20 juill. 1830 (*J.Av.*, t. 39, p. 192), la Cour de cassation a décidé, au contraire, qu'en ne proposant pas de suite l'incompétence de la Cour de Dijon l'huissier appelé en garantie avait renoncé à s'en prévaloir plus tard, et d'autre part, les Cours de

Rennes et de Grenoble ont admis sans difficulté, la première, le 20 fév. 1828 (*J. Av.*, t. 34, p. 197), la seconde, les 12 janv. 1829 et 14 déc. 1832 (*J. Av.*, t. 38, p. 118, et t. 45, p. 473), que la demande en garantie formée contre l'auteur d'un exploit nul, peut être portée *de plano* devant la Cour saisie de la demande en nullité]] **Supp. alph.**, *V° Garantie*, n. 28.

772. *L'art.* 181 *autorise-t-il à appeler le garant devant un tribunal auquel la loi n'aurait pas attribué la connaissance de la matière à laquelle se rapporterait l'action en garantie?*

D'après la discussion dans laquelle nous étions entré, sur la 646e *Question* de notre *Analyse des opinions et des arrêts*, nous établissons, dans notre *Traité* et *Questions*, n° 1007, les propositions suivantes :

« L'art. 181 n'autorise pas à appeler, devant un tribunal de commerce, un « garant qui ne serait pas justiciable de ce tribunal, *ratione materiæ*. L'excep- « tion portée en cet article, au principe que nul ne peut être distrait des juges « compétents pour connaître d'une demande principale, ne s'applique qu'aux « cas où la compétence n'est établie qu'à raison du domicile de l'assigné ou « de la situation de l'objet litigieux ; mais il ne faut pas appliquer cette déci- « sion au cas inverse où un individu, justiciable *ratione materiæ* d'un tribunal « de commerce, serait appelé en garantie devant un tribunal ordinaire. L'in- « compétence des tribunaux ordinaires n'est que relative, et non radicale, « dans les affaires privilégiées. »

Toutes ces propositions, résultant des raisons que nous avions développées dans notre *Analyse*, et conformes à l'opinion de Rodier sur l'art. 8 du tit. 5 de l'ordonnance, ont été consacrées par la jurisprudence de la Cour de cassation, ce qui nous dispense de reproduire ici la discussion que contenait notre *Analyse* (1).

[[On a vu, sous notre *Quest.* 771 *bis*, § 1, notre opinion sur celle que pose ici M. Carré; nous allons maintenant faire connaître, sur cette difficulté, les nombreux monuments de la jurisprudence.

On peut voir, au *J. Av.*, t. 29, p. 317, deux arrêts, l'un de la Cour de Colmar, du 18 juin 1825, l'autre de la Cour de Paris, du 14 juillet de la même année. Le premier décide, contrairement aux conséquences des principes que nous avons exposés, que l'individu non commerçant et obligé civilement à garantir le dé-

---

(1) 1° *Arrêt du* 30 *novembre* 1813. Il décide que l'action en garantie du porteur d'un effet de commerce dont le protêt a été déclaré nul par la faute de l'huissier, ne peut être portée devant les juges de commerce, incidemment à la demande récursoire contre l'endosseur. (*S.*, t. 14, p. 16, et *J. Av.*, t. 9, p. 98, t. 14, p. 447.)

2° *Arrêt du* 16 *mai* 1816. Même décision à l'égard du notaire. (*S.*, t. 16, p. 341, et *J. Av.*, t. 14, p. 262.) [V. aussi, *Cass.*, 20 juillet 1815, 2, janv. 1818, 2 juin 1817; *J. Av.*, t. 18, p. 580.]

3° *Arrêt du* 8 *novembre* 1820. Il décide que le demandeur en cassation, menacé de déchéance par suite de nullité de la signification de l'arrêt d'admission, ne peut porter devant la Cour de cassation, une action en recours contre l'huissier qui a fait la signification. (*S.*, t. 21, p. 339, et *J. Av.*, t. 4. p. 630.)

NOTA. On voit que ce dernier arrêt autorise à décider pour l'affirmative la question que nous avons ci-dessus posée en termes plus généraux que celle de notre Analyse.

Par une conséquence de cette solution, il est évident que si le garanti avait bien voulu se soumettre à une juridiction qu'il eût pu décliner, le garant serait fondé à la décliner lui-même, nonobstant cette prorogation de juridiction de la part du garanti. (*Cass.*, 4 oct. 1808 ; *S.*, t. 9, p. 28.) [*V.* M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 405, qui adopte cette opinion. V. plus bas notre *Quest.* 774 *bis.*; et FAV. DE LANG., t. 2, p. 466.)]

fendeur négociant, est tenu de procéder devant le tribunal de commerce où la demande originaire est pendante. Le second, dans une espèce identique, embrasse la solution opposée. Celle-ci est confirmée par une masse imposante d'arrêts de la Cour de cassation. Outre ceux rapportés par M. Carré, à la note *Jurisprudence*, on en verra encore, au *J. Av.*, t. 14, p. 447, un du 2 janv. 1818, et un autre du 2 juin 1817, qui, tous les deux, déclarent mal formée la demande en garantie contre un huissier auteur d'un protêt nul, laquelle avait été portée devant un tribunal de commerce. On peut voir enfin Poitiers, 9 fév. 1838 (*J. P.*, t. 1 de 1838, p. 141).

Cependant celui sur lequel est tirée une lettre de change, du montant de laquelle il s'est reconnu débiteur, sans l'avoir acceptée ni signée, peut être assigné en garantie devant le même tribunal que le tireur.

C'est ce que la Cour de cassation a jugé, en s'écartant un peu de la rigueur de son principe, non-seulement par l'arrêt du 12 juillet 1814, rapporté par M. Carré, à la note *Jurisprudence*, mais encore par un autre arrêt du 14 janv. 1817 (*J. Av.*, t. 14, p. 463); et un troisième, du 16 nov. 1826 (*J. P.*, 2e édit. 1827-2-185). La Cour de Liége, par son arrêt du 3 mars 1836 (*J. arr.* de Brux., 1836, p. 331), professe, au contraire, d'une manière générale, que celui qui n'a ni signé, ni tiré, ni accepté, ni endossé une lettre de change, ne peut être traduit comme garant devant le tribunal de commerce où le paiement est poursuivi. Mais l'arrêtiste ne fait point connaître s'il était allégué dans l'espèce quelque promesse ou obligation civile de la part de l'appelé en garantie. La même Cour s'était déjà prononcée en ce sens, le 11 juin 1812 (*J. Av.*, t. 14, p. 442).

Enfin, il a été jugé dans diverses espèces que :

1° Le débiteur d'une lettre de change ne pourrait pas assigner un tiers comme garant devant le tribunal saisi de la demande principale, si l'action en garantie n'était fondée que sur un fait de responsabilité qui ne se rattacherait à aucune obligation positive de payer la lettre de change. (*Cass.*, 17 juin 1817, *J. Av.*, t. 14, p. 466.)

2° Celui qui n'a ni endossé, ni accepté une lettre de change ne peut, sous prétexte qu'il en doit le montant, être assigné en garantie, par le tireur, devant le tribunal saisi de la demande originaire, lorsque ce tribunal n'est pas celui de son domicile; le tribunal doit, sur le déclinatoire proposé par le défendeur en garantie, examiner le fond de l'exception. (*Cass.*, 21 therm. an 8, et 12 fév. 1811; Angers, 3 janv. 1810, *J. Av.*, t. 14, p. 420 et 435.)

3° Le tireur assigné par le porteur de l'effet ne peut appeler en garantie le tiré qui n'a pas accepté, que devant le tribunal du domicile de celui-ci. (Grenoble, 22 juill. 1806, *J. Av.*, t. 14, p. 427.)

4° L'entrepreneur sur qui ses agents tirent des lettres de change des diverses parties de la France ne peut être par ceux-ci appelé en garantie devant les tribunaux de leurs domiciles. (*Cass.*, 22 frim. an 9, *J. Av.*, t. 14, p. 422.)

5° Le vendeur qui tire une lettre de change sur l'acheteur pour prix de la vente, sans le consentement de celui-ci, ne peut l'appeler en garantie en cas de non paiement, ni par suite de cette garantie, le distraire de ses juges naturels. (Bordeaux, 22 av. 1828; Agen, 26 nov. 1828, *J. Av.*, t. 37, p. 44, et t. 38, p. 14.)—*V.* M. Carré, *Comp.*, édit. in-8°, t. 7, p. 234, n° 514.

6° L'expéditeur est valablement assigné en garantie devant le tribunal du lieu où devait se faire la livraison. (*Cass.*, 8 mars 1827; *D.*, 27-1-164.)]]

773 *Peut-on sous le cours d'une instance d'appel, mettre pour la première fois un garant en cause?*

Non, parce que la demande en garantie est principale dans ses rapports entre le garant et le garanti, et on le priverait ainsi du premier degré de ju-

ridiction, s'il était permis de porter la demande pour la première fois devant le juge d'appel (1).

[[Cette question, dont la solution ne peut souffrir la moindre difficulté, ainsi que nous l'avons dit sous la *Quest.* 771 *bis* § 2, a été jugée par de nombreux arrêts. L'opinion exprimée ici par M. Carré, est l'opinion universelle. *V.* MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2. p. 466; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 337; BONCENNE, t. 3, p. 405; PIGEAU, *Comm.* t. 1, p. 405; LEPAGE, p. 168; MERLIN, *Rép.* t. 5, p. 468; *Quest. de droit*, t. 3, p. 282. Les nombreux arrêts soit de la Cour de cassation, soit des diverses Cours royales, qui l'ont consacrée se trouvent indiqués dans notre *Dictionnaire géné. de pr.* v° *garantie* n°s 53 à 55, 60 à 62, 66 à 70, nous nous contenterons de citer le plus récent, qui est de la Cour de cassation, 12 nov. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 57).

On trouve toutefois, *J. Av.*, t. 9, p. 62, une décision contraire de la Cour de Trèves, du 16 juillet 1810.]] **Supp. alph.**, V° *Garantie*, n. 44

[[**773 bis.** *La Cour d'appel devant laquelle est portée, pour la première fois, la demande en garantie peut-elle d'office la rejeter?*

Un arrêt de la Cour de cassation, du 11 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 18, p. 929), décide l'affirmative; nous croyons devoir adopter l'opinion contraire. Sans doute, l'art 178 porte qu'il n'y aura, pour appeler en garantie, d'autres délais que ceux fixés par les articles précédents : mais la déchéance résultant de l'inobservation de ces délais peut-elle être suppléée d'office? nous ne le pensons pas : ces délais ont été réglés en faveur du demandeur, afin que celui-ci n'ait pas à souffrir des lenteurs qu'on aurait mis à appeler le garant. Mais chacun est libre de renoncer aux droits créés en sa faveur dans la loi, lorsqu'il ne s'agit point de dispositions législatives touchant l'ordre public; cette renonciation peut être expresse ou tacite, et la renonciation tacite résulte du consentement donné par la partie à soutenir ses droits au fond à l'égard du garant appelé.

Il est possible que le demandeur principal, le garanti et le garant aient intérêt à avoir des débats et un jugement contradictoires; il est possible que le garanti ne se soit pas pressé d'appeler garant d'après le consentement du demandeur; eh bien! les tribunaux pourraient-ils juger de l'intérêt des parties autrement qu'elles-mêmes, pouraient-ils forcer le demandeur à prendre jugement seul, et, malgré son adhésion à la mise en cause tardive du garant, déclarer ce garant non recevable? Quant à l'objection prise de ce que l'ordre des juridictions serait interverti, d'où suivrait que le consentement des parties ne peut forcer la Cour d'appel à juger la question de garantie, nous reconnaissons la vérité du principe, mais il ne peut pas être appliqué à la question qui nous occupe : il s'agit en effet d'une affaire qui a déjà subi le premier degré de juridiction, c'est la même affaire qui vient en appel, l'intervention du garant ne change rien à la demande, celui-ci connaît le jugement rendu en première

(1) Cette proposition est tellement incontestable aujourd'hui, que nous sommes encore dispensé de citer les nombreux arrêts, tant de cassation que d'appel, sur lesquels elle est établie ; mais il y aurait exception en cas d'intervention du garant (V. *infrà*, sur les art. 183 et 340), d'après un arrêt de la Cour de cassation, du 4 vent. an 11 (*J. Av.*, t. 9, p. 58), lorsque la cause de la garantie serait postérieure au jugement de première instance. Cet arrêt, que rapporte M. Bourguignon, dans sa conférence des des cinq Codes, pourrait bien n'être pas suivi sous l'empire du Code de procédure, qui n'autorise (art. 464) à former des demandes nouvelles en appel, que lorsqu'elles sont une défense à l'action principale opposée contre une partie qui était en cause devant les premiers juges.

instance, les moyens employés par le demandeur, ceux que le défendeur a fait valoir et qui lui sont communs ; sa présence dans la cause ne fera qu'apporter des moyens nouveaux; sans doute, s'il était appelé sans son aveu, il pourrait opposer qu'il est privé d'un degré de juridiction ; mais c'est là un avantage qui lui est personnel. L'ordre public n'y est pas intéressé, puisque, à l'égard de l'affaire, le principe des deux degrés a été respecté. Si la partie veut renoncer à cet avantage, aucune disposition de la loi ne prohibe une pareille renonciation. M. CARRÉ a adopté cette opinion dans son ouvrage sur la compétence, édit. in-8°, t. 4, p. 96, art. 265, mais par d'autres motifs que ceux que nous venons d'exposer. Elle est également conforme à celle émise par la Cour de cassation le 16 juin 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 322), et par la Cour de Liége, le 19 mai 1824 (*J. Arr.*, de Bruxelles, t. 2, de 1824, p. 396); cependant M. BONCENNE, t. 3, p. 416 , enseigne, au contraire, que le silence ou l'adhésion du garant ne couvre point l'incompétence des juges d'appel devant lesquels il a été directement assigné, parce qu'elle est matérielle, absolue, radicale.]]

774. *Dans les cas où il paraît par écrit, ou par l'évidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que pour distraire les garants de leurs juges naturels, le tribunal devant lequel ils sont traduits doit-il prononcer leur renvoi d'office?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 185, et les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 370, disent que les expressions de l'art. 181 donnent lieu de croire que le tribunal pourrait ordonner ce renvoi, sans attendre que les garants le demandassent.

Ces auteurs ont fait ainsi à l'art. 181 de notre Code l'application de l'opinion de Jousse, dans sa 5e note sur l'art. 8 du tit. 8 de l'ordonnance , mais cette opinion de Jousse était contraire à celle de Rodier, qui dit formellement que ce renvoi ne devait pas être ordonné d'office.

Jousse, à l'appui de son opinion, renvoie au procès-verbal de l'ordonnance, mais ce procès-verbal ne fait que prouver en faveur de Rodier. En effet, on trouve, dans le projet de l'article que nous venons de citer, une disposition qui enjoignait aux juges de prononcer le renvoi, *en cas qu'ils n'en fussent pas requis.*

On sent que ces termes les auraient obligés à renvoyer d'office sans en être requis ; mais, dit Serpillon, le changement fait dans l'article prouve qu'il faut que le renvoi soit demandé.

Il nous paraît également certain que les termes impératifs de l'art. 181 n'expriment autre chose si ce n'est que le tribunal est obligé, toutes les fois que la partie a pris des conclusions à cet effet, de la renvoyer devant le juge naturel, et qu'il ne peut par conséquent retenir l'affaire.

Ceci résulte surtout de ce qu'il est permis aux parties de proroger la juridiction d'un tribunal incompétent à raison du domicile. Ce ne serait donc que dans le cas d'incompétence à raison de la matière (*V.* l'art. 170 et la précédente *Question*), que le juge *devrait* renvoyer d'office ; mais il le *pourrait*, alors même que l'incompétence ne serait qu'à raison du domicile, suivant la distinction faite aux 33e et 711e *Questions*, (*V. Prat. franç.*, t. 2, p. 39.)

[[Cette distinction entre l'incompétence *ratione materiæ* et l'incompétence *ratione personæ* est adoptée, avec raison, par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 465; BONCENNE, t. 3, p. 462. *V.* au *J. Av.*, t. 14, p. 450, un arrêt conforme de la Cour d'Orléans, du 29 déc. 1812. *V.* aussi arr. Cass. 12 juill. 1814, t. 14, p. 456. et 16 nov. 1826, t. 33, p. 83.]] Supp. alph., V° *Garantie* n 38.

[[774 bis. *Si la demande principale a été portée devant un tribunal incompétent à raison du domicile du défendeur originaire, le garant appelé par celui-ci pourra-t-il proposer le déclinatoire négligé par lui ?* V. Q. 145.

M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 466, répond à cette question par ces mots, *évidemment oui*, sans développer les motifs de sa solution. *Suprà*, p. 267, à la note, M. Carré laisse pressentir la même opinion. Cette doctrine a été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 1808. (*J. av.*, t. 14, p. 429, et *J. Pal.*, 3e édit. t. 7, p. 152.) M. PIGEAU, dans son *Comm.*, t. 1er, p. 105, et 406, note 1 et 4, pense qu'en ce cas il y *a évidence de fait que la demande a été formée pour traduire le garant hors de son tribunal*, et il n'hésite pas à accorder au garant le droit de proposer l'exception d'incompétence. Il cite deux cas de garantie formelle et de garantie simple dans lesquels le garant lui paraît évidemment avoir le droit de demander le renvoi, parce qu'il n'a contracté que sous la condition d'être traduit devant tel tribunal. Sans doute il pourra se faire que le garant trouve, dans les circonstances dont a parlé M. Pigeau, un moyen d'établir que la demande originaire n'a été formée que pour le traduire hors de son tribunal ; mais c'est là une question de fait qui ne peut être l'objet d'une décision de droit.

Supposons que cette collusion n'ait pas eu lieu et que le garanti, en procédant volontairement, mais de bonne foi, devant le tribunal incompétent, ait perdu le droit d'opposer cette incompétence ; nous persistons à croire (*V. suprà*, n° 753 *bis*) qu'alors le garant ne peut opposer le déclinatoire négligé par le défendeur principal.

En effet, celui-ci ne pourrait-il pas lui répondre : la demande originaire n'a pas été intentée contre vous ; dès lors vous n'avez pas qualité pour vous plaindre du tribunal où on l'a portée. Vous êtes appelé à y intervenir, il est vrai ; mais le demandeur en intervention; c'est moi et moi seul. Ce sont deux procédures distinctes qui ont chacune et leur demandeur et leur défendeur. Le procès ne se confond que pour ce qui a rapport au fond du droit; mais les actions, les instances demeurent distinctes · c'est moi qui vous assigne, c'est à moi que vous devez opposer le déclinatoire, s'il en existe ; celui qu'il m'appartiendrait d'invoquer à mon tour contre le demandeur originaire vous est quelque chose de complétement étranger.

Or, entre le garant et le garanti, un fait seul doit déterminer la compétence ; ce fait n'est autre que l'existence de la demande originaire devant tel ou tel tribunal. Les articles qui le disposent ne s'expriment pas ainsi : « devant le tribunal où la demande originaire *aura dû être intentée* ; » ils disent : « devant le tribunal où la demande originaire *sera pendante.* »

Donc c'est le fait et non le droit qu'il faut consulter pour fixer la compétence vis-à-vis de celui qui est appelé en garantie ; en d'autres termes, la disposition comprend, dans sa généralité, tous les cas, même celui où l'action principale n'aurait pas été portée devant le juge naturel. Nous opposera-t-on l'opinion émise par nous *Quest.* 771 *bis* ? On aurait tort, parce que l'exception que nous avons admise résulte des principes les plus incontestables, à savoir que l'incompétence matérielle ne peut être couverte, et tout défendeur a le droit de demander son renvoi devant ses juges ordinaires, lorsqu'on le cite devant des juges exceptionnels.

Disons en terminant, que, quelle que soit l'opinion qu'on adopte, l'arrêt de la Cour de cassation a été trop loin en ordonnant le renvoi devant le tribunal compétent non-seulement du garant, mais encore du garanti et du demandeur originaire : il est impossible d'admettre que l'appel en cause d'un tiers étranger au demandeur puisse rompre un contrat judiciaire parfait intervenu entre les deux parties principales.]]

ART. 182. En garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothécaires, le garant pourra toujours prendre le fait et cause du garanti, qui sera mis hors de cause, s'il le requiert avant le premier jugement.

Cependant le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister pour la conservation de ses droits, et le demandeur originaire pourra demander qu'il y reste pour la conservation des siens.

Ord., tit. 8, art. 9 et 10 — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Garantie*, n°s 12, 104 à 108, et 302 — Devilleneuve, *ibid*, n°s 49 à 53. — Arm. Dalloz, *ibid*, n°s 534 à 541. — Locre t. 21, p. 437. — QUESTIONS TRAITÉES : Le garanti ne peut-il être mis hors d'instance qu'autant que le garant formel a préalablement déclaré qu'il entend prendre son fait et cause? *Q.* 775. — Le garant peut-il malgré le demandeur originaire, ou malgré le garanti, prendre fait et cause pour celui-ci? *Q.* 775 *bis*. — Si le demandeur originaire soutenait que le garant formel est insolvable, pourrait-il s'opposer à la mise hors de cause du garanti, afin d'obtenir contre lui ses dépens, dommages-intérêts? *Q.* 776 — Quel est l'objet et quels sont les effets de l'assistance du garanti qui a été mis hors de cause? *Q.* 777. — Lorsque le garanti, mis hors de cause, y assiste, soit volontairement, soit forcément, peut-on lui faire quelques significations, peut-il en faire lui-même contre les parties liées dans l'instance? *Q.* 778] (1)

CXL. Le Code reproduit dans cet article une disposition de l'ordonnance, à laquelle il n'a été fait aucune modification, si ce n'est que la *mise hors de cause* du garanti doit être demandée avant le premier jugement, et non pas, comme le portait l'ordonnance, avant *la contestation en cause*. Ces expressions avaient donné lieu à beaucoup de controverses, sur la question de savoir quel était l'acte qui engageait cette contestation. Le Code ramène à l'uniformité les diverses jurisprudences établies à cet égard. Il est clair, d'après la nouvelle loi, que dès qu'un premier jugement, de quelque nature qu'il soit, a été rendu sans que le garanti ait demandé sa mise hors de cause, il ne peut plus l'obtenir par la raison qu'une fois l'instance liée entre toutes les parties, nulle d'entre elles ne peut en sortir que par un jugement définitif (2).

Nous croyons utile de rappeler ici la différence qui existe entre la garan-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le garant ayant la faculté de défendre à la demande principale, il doit, par suite, avoir celle de se pourvoir par appel contre le jugement qui, en adjugeant et cette demande et celle en garantie, fait tomber sur lui tout le poids de la première.

Par une juste conséquence, le défaut d'appel de la part du garanti ne peut être opposé et nuire au garant. (Rennes, 2 juin 1808, *J. Av.*, t. 14, p. 423).

2° Lorsque le garant a pris le fait et cause du garanti, mais que celui-ci n'a pas été mis hors d'instance, la procédure dirigée contre l'un et l'autre par le demandeur originaire est valable, et produit tous ses effets à l'égard du garanti, quoiqu'elle soit entachée de nullité vis-à-vis du garant. (*Cass*, 23 août 1836, *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 398.)]

(2) Nous ferons remarquer qu'il ne suffit pas toujours, pour que le garanti soit mis hors de cause, qu'il en ait formé la demande avant qu'il ait été lié par un jugement, si le demandeur fait valoir de justes motifs pour qu'il y reste ; par exemple, s'il sagit de liquider des frais perçus ou de constater des malversations faites par ce garanti lui-même, le tribunal refuserait la mise hors de cause. Ajoutons que le garanti, quoique mis hors de cause, peut néanmoins y assister pour la conservation de ses droits ; car tout l'effet de cette mise hors de cause est de faire porter sur le garant le poids de la défense (C. C., art. 1626), mais non d'enlever au garanti le droit de présenter verbalement ou par écrit tels moyens et conclusions que son intérêt lui suggère.

Au surplus, tout garant formel qui n'a pas été appelé, et qui, dans la crainte que le garanti ne se défende pas d'une manière satisfaisante, voudrait prendre son *fait et cause*, a toujours la faculté d'intervenir, pourvu qu'il ne retarde point le jugement définitif, si la cause est en état.

tie formelle et la garantie simple. La première, comme le font entendre les expressions de notre article, est celle qui a lieu à la suite d'une action principale réelle; la seconde celle qui est déterminée par une action principale personnelle. De cette précision il résulte qu'en garantie formelle, l'action du demandeur principal s'adressant plutôt à la chose qu'il revendique qu'à l'assigné qu'il n'interpelle qu'en sa qualité de détenteur, celui-ci n'a personnellement aucune obligation vis-à-vis du demandeur; au contraire, en garantie simple, ce n'est point une chose qui est réclamée, mais l'exécution d'une obligation personnelle à laquelle le défendeur originaire s'est soumis. Cette distinction est la base des dispositions de notre article ainsi que du suivant. *V.* du reste, sur cette théorie, MM. BOITARD, t. 2, p. 100 et suiv., et BONCENNE, t. 3, p. 373.]]

775. *Le garanti ne peut-il être mis hors d'instance, qu'autant que le garant formel a préalablement déclaré qu'il entend prendre son fait et cause?*

M. PIGEAU, t. 1, p. 170, donne une formule de requête par laquelle le garanti demande acte de la déclaration qu'aurait faite le garant de prendre son fait et sa cause, et requiert, en conséquence, d'être mis lui-même hors de cause.

Mais il ne faut pas induire de là que M. Pigeau ait entendu décider négativement la question que nous venons de poser. M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 238, not. 57, la résout pour l'affirmative, conformément au sentiment de Rodier (1).

Nous croyons que cette opinion doit s'appliquer, avec d'autant plus de raison, à l'art. 182, qu'elle a été consacrée relativement à la garantie qui fait l'objet de l'art. 1727 du Code Civil.

D'ailleurs, le verbe *peut*, employé dans la première disposition de l'art. 182, ne nous paraît pas l'avoir été pour signifier que le garant soit libre de prendre ou de ne pas prendre fait et cause pour le garanti, lorsqu'il en est requis par lui, et qu'il ne conteste pas la garantie. Nous croyons que le législateur ne s'en est servi qu'afin d'indiquer que le demandeur originaire ne peut pas refuser de défendre contre le garant, sur l'action qu'il a intentée contre le garanti. — (BERRIAT, note 58.)

[[Ces décisions, également adoptées par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 466, nous paraissent en parfaite harmonie avec la nature même de la garantie formelle.]]

[[**775** bis. *Le garant peut-il, malgré le demandeur originaire ou malgré le garanti, prendre fait et cause pour celui-ci?*

Oui: car en définitive, c'est lui garant qui est le principal, le véritable intéressé; c'est sur lui que doivent retomber les effets de la condamnation qui pourra être prononcée contre le garanti; dès lors il est juste que la faculté de prendre fait et cause lui soit réservée dans tous les cas, et ne dépende que de sa propre volonté. *V.* M. BOITARD, t. 2, p. 111.]]

---

(1) Ce commentateur s'exprime ainsi: (1re *Quest.* sur l'art. 9 du tit. 8 de l'ordonn.)

« Quand le garant formel, assigné ou intervenant, n'offrirait pas de prendre fait et cause pour le garanti, on croit pouvoir soutenir que celui-ci pourrait demander, avant la contestation (aujourd'hui avant le premier jugement), d'être mis hors d'instance, si le garant ne conteste pas la garantie: la raison en est que tel est l'effet de la garantie formelle, qu'elle met le garant à la place du garanti. Il dépend de ce dernier de laisser au garant le soin de combattre la demande principale, dont il doit supporter tout l'événement: le défendeur serait donc inutilement en cause, et, par conséquent, il peut demander d'en être renvoyé. »

776. *Si le demandeur originaire soutenait que le garant formel est insolvable, pourrait-il s'opposer à la mise hors de cause du garanti, afin d'obtenir contre lui ses dépens, dommages et intérêts?*

Rodier fondait la négative de cette question sur ce que l'art. 11 du t. 8 de l'ordonnance portait que les jugements, quant aux dépens et dommages-intérêts, ne seraient exécutoires que contre les garants seulement : ainsi, disait-il, l'insolvabilité du garant ne pourrait être un prétexte pour retenir le défendeur en cause.

Mais ne pourrait-on pas, sous l'empire du Code, maintenir le contraire, attendu, 1° qu'à la différence de l'art. 10 du titre précité de l'ordonnance, qui se bornait à permettre au garanti mis hors de cause d'y assister pour la conservation de ses droits, l'art. 182 autorise le demandeur originaire à requérir qu'il y reste pour la conservation des siens; 2° que la troisième disposition de l'art. 185 porte qu'en cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera *passible* des dépens, *à moins qu'il n'ait été mis hors de cause?*

Nous ne pensons pas que l'on puisse tirer de ces changements et additions à l'ordonnance une conséquence contraire à l'opinion de Rodier. Comment, en effet, le demandeur serait-il recevable à s'opposer à la mise hors de cause pour raison des dépens, puisqu'il ne peut, même pour la conservation de ses droits, que requérir l'assistance du garanti? N'est-il pas évident que, si l'art. 185 assujettit ce dernier aux dépens, et, s'il y a lieu, aux dommages-intérêts, en cas d'insolvabilité du garant, c'est par le motif qu'étant demeuré en cause, il a défendu lui-même à l'action du demandeur originaire, il a fait cause commune avec le garant?

Au surplus, nulle injustice en cela par rapport au demandeur puisqu'il eût été obligé de défendre également contre ce garant insolvable seul, si celui-ci n'avait pas vendu ou transporté à un autre la chose qui fait l'objet de l'action principale.

[[Nous réunissons sous cette question les observations que nous avons à présenter sous les deux *Quest.* 777 et 778. Nous voudrions pouvoir promettre des explications satisfaisantes, mais l'obscurité des textes à appliquer rend notre tâche plus que difficile.

Qu'a voulu dire le législateur lorsqu'il s'est servi de ces expressions *qui sera mis hors de cause... Cependant le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister pour la conservation de ses droits, et le demandeur originaire pourra demander qu'il y reste pour la conservation des siens?*

M. Locré nous apprend, dans son *Esprit du code de procédure*, t. 1, p. 362 :

1° que la section du tribunat fit l'observation suivante : *il peut importer beaucoup au demandeur originaire que le garanti, à la mise hors de cause duquel il se sera opposé, reste en cause, à raison des dépens qu'il lui serait peut-être difficile de recouvrer contre le garant.*

2° Que l'article du projet portant : *Cependant le garanti pourra rester en cause pour la conservation de ses droits et le demandeur*, etc... a été remplacé par les mots qui forment le 2me § de l'article actuel.

« Par ce motif, » avait dit la section du tribunat, « qu'on ne saurait pas ce qu'on « doit entendre par un garanti qui serait mis hors de cause et qui néanmoins « pourrait rester en cause pour la conservation de ses droits. » Cette observation du tribunat, loin de nous éclairer, nous replonge dans les ténèbres les plus épaisses; car si le demandeur a le droit de s'opposer à la mise hors de cause du garanti uniquement à cause d'une insolvabilité éventuelle, le premier § de l'art. 182 deviendra illusoire, et la disposition du troisième § de l'art. 185 sera inutile : cette interprétation ne peut donc pas être admise.

Puis, conçoit-on bien au premier abord la différence de position d'un plaideur qui *reste en cause* ou qui *assiste à la cause ?* Y a-t-il dans le code de procédure quelque article qui définisse ce que l'on doit entendre par une assistance de *pure cérémonie* (qu'on nous passe l'expression) de la part d'un plaideur, et si la section du tribunat pensait qu'il serait aussi difficile de concevoir un garanti, *mis hors de cause* et *restant en cause*, comment n'a-t-elle pas aperçu que l'embarras serait presque aussi grand pour se rendre un compte exact de cette position d'un plaideur qui, mis hors de cause, pourra néanmoins y assister ?

Mais il y a plus : le tribunat qui a fait modifier l'article du projet précisément à cause de la difficulté de concilier les deux expressions *mis hors de cause* et *restant en cause*, aurait dû s'apercevoir que la fin du § 2 de l'art. 182 avait également besoin d'une modification ; car on y lit que *le demandeur originaire pourra demander qu'il y reste.* Or, comme il s'agit incontestablement, dans ce §, d'un garanti mis hors de cause, voilà donc encore les deux expressions contradictoires employées par le législateur.

Il nous paraît évident que le législateur n'a pas bien compris le sens et la portée des termes même qu'il employait.

Interprétant alors les dispositions de la loi par les lumières de la raison, et nous efforçant de donner un sens admissible à des textes qui semblent se contredire, nous établirons en principes :

1° Qu'en cas de garantie formelle, la mise hors de cause du garanti doit toujours être prononcée lorsqu'elle est requise avant le premier jugement, quand bien même le garant serait insolvable ;

2° Que le garanti ou le demandeur peuvent réclamer une *assistance en cause* pour la surveillance de droits éventuels ;

3° Que le garanti, en ce dernier cas, n'étant conservé en cause qu'à raison seulement d'une éventualité, rien ne doit lui être signifié jusqu'à ce qu'il sorte volontairement ou forcément de cet état anormal en procédure;

4° Que le garanti *conservé en cause* (nous adoptons à dessein cette locution, pour ne pas confondre les positions, ainsi que nous paraît l'avoir fait le législateur dans l'art. 182) aura le droit d'intervenir dans le débat par un simple acte, quand il le jugera convenable, de même que les autres parties pourront lui faire signifier des conclusions, et requérir contre lui les condamnations après en avoir fait signifier la teneur à son avoué.

Nous ne nous dissimulons pas ce qu'il y a d'insolite aux yeux des praticiens dans une présence muette, ni active, ni passive, d'un plaideur à qui l'on ne signifie même pas les actes de la procédure ; mais ce n'est pas notre faute ; la loi est obscure, presque inintelligible, il faut s'efforcer d'en rendre l'application possible.

MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 339 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 466, et BONCENNE, t. 3, p. 379, partagent l'opinion émise par M. Carré. M. Favard pense aussi, comme M. CARRÉ, *Quest.* 778, que des notifications doivent être faites au garanti.

M. Boncenne, sans s'expliquer formellement sur cette question, s'exprime en termes qui feraient supposer qu'il partage notre opinion : « Assister aux « débats ce n'est point y conserver une part active ; ce n'est point *rester* en « *cause;* c'est se réserver seulement la faculté d'entendre, de surveiller et de « suggérer des moyens, sauf à se faire rouvrir la barrière, s'il en était besoin, « rentrer dans la lice, et reprendre la double qualité de défendeur originaire « et de demandeur en garantie. »

M. Thomine Desmazures est plus positif : après avoir désigné le garanti resté au procès comme partie *non active*, mais regardante ; il invoque l'opinion de POTHIER, qui s'exprimait ainsi, *Traité de la procédure*, chap. 2, sect. 6, art.

2, § 3 : « Toute la procédure qui se fera sur la contestation n'aura lieu qu'entre « le demandeur et le garant, et non avec le garanti mis hors de cause; néan- « moins, si la cause se plaide, il peut y avoir sur le barreau un avocat pour « plaider les moyens qui pourraient échapper à l'avocat de son garant ; si la cause « s'instruit en procès par écrit, il pourra signifier au demandeur originaire « des écritures contenant des moyens contre sa demande, de peur qu'ils n'é- « chappent à son garant. » M. BOITARD, t. 1, p. 111 à 120, est entré dans des développements fort étendus pour chercher à concilier les dispositions des art. 182 et 185. Cet auteur, habituellement si clair et si exact dans ses raisonnements, ne nous a pas complétement satisfait, nous engageons cependant nos lecteurs à examiner ses distinctions assez nombreuses ; il nous a paru avoir confondu, à l'égard du demandeur principal, *l'assistance en cause* avec le refus de *mise hors de cause.*

Du reste, M. BOITARD a reproduit en ce point l'opinion de M. Pigeau, t. 1, p. 18, liv. 2, part. 2e, tit. 1, chap. 1, n° 9.

Cependant, nous devons ajouter, qu'aux pages 115 et 116, M. BOITARD dit expressément que, quant aux significations, le garanti est étranger aux débats.]] **Supp. alph.**, V° *Garantie*, n. 52, 53.

777. Quel est l'objet et quels sont les effets de l'assistance du garanti qui a été mis hors de cause ?

Ils consistent :

En premier lieu, en faveur du garanti qui assiste volontairement, en ce que, devenu tout-à-fait étranger, relativement au demandeur, à la discussion qui existe entre celui-ci et le garant, il conserve, 1° le droit de veiller à ce que ce dernier emploie une légitime défense, et ne collude pas avec le demandeur, pour donner lieu à l'éviction ou à la déclaration d'hypothèque ; 2° celui de reprendre, sans être obligé d'intervenir ni de faire recevoir son intervention, une part active dans la cause de laquelle il avait été renvoyé, s'il le croit utile pour prévenir les effets d'une telle collusion. Il évite enfin la condamnation aux dépens, ainsi que nous l'avons dit sur la précédente question.

En second lieu, en faveur du demandeur originaire qui a demandé et obtenu que le garanti assistât dans la cause, en ce qu'il peut lui faire les interpellations nécessaires à l'instruction de l'affaire, ou former contre lui, *personnellement*, quelques demandes dont les garants ne sont pas responsables, telles que celles d'une restitution de fruits, de dommages-intérêts pour dégradations, etc.—(*V.* RODIER, sur l'art. 10 du tit. 8, *Quest.* 1re, et PIGEAU, t. 1, p. 171.) (1) [[*V.* nos observations sur la *Question* qui précède.]]

778. Lorsque le garanti mis hors de cause y assiste, soit volontairement, soit forcément, peut-on lui faire quelques significations, peut-il en faire lui-même contre les parties liées dans l'instance ?

Assister en cause, dit Jousse sur l'art. 10 de l'ordonnance, c'est y rester

---

(1) M. Demiau-Crouzilhac, p. 149, va plus loin : il estime que, dans ces cas, où le demandeur originaire aurait à former contre le garanti des demandes personnelles, il serait fondé à s'opposer à sa mise hors de cause.

Rodier et Duparc-Poullain disaient bien la même chose sur l'art. 9 ; mais il faut remarquer qu'il n'existait point alors de dispositions qui, comme celles de l'art. 182, autorisassent le demandeur originaire à obtenir que le garanti mis hors de cause y *assistât* néanmoins. Aujourd'hui l'on ne pourrait guère assigner d'autres motifs à la nouvelle disposition de l'article précité, si ce n'est la possibilité de ces demandes qui seraient formées contre le garanti personnellement. [[*V.* la *Quest.* 776.

seulement pour la forme et sans qu'on puisse rien signifier au garanti, sauf aux autres parties à répondre à ce qui leur serait signifié de sa part.

M. DELAPORTE, t. 1, p. 186, rénète ces termes de Jousse que Rodier considérait comme exprimant une erreur. (*V.* sur le même art., 1re *Quest*). L'auteur se trompe, dit-il, quand il dit qu'on ne peut rien signifier au garanti; car, puisque son objet, en assistant en cause, est, selon l'ordonnance, de veiller à la conservation de ses droits, il faut bien qu'il ait connaissance de tous les libelles et instructions qu'on fournira dans le procès, afin de savoir s'il n'y a rien de contraire à ses intérêts; et, si le demandeur principal se contente de les faire signifier au garant qui a pris fait et cause, celui-ci doit signifier au garanti tout ce que le demandeur dira et tout ce qu'il y répondra.

Nous croyons que cette opinion devrait obtenir la préférence; mais, lorsque le garanti est forcé d'assister, d'après la demande du demandeur originaire, il a annoncé suffisamment qu'il s'en référait entièrement à la défense de son garant, et ni celui-ci, ni le demandeur originaire, ne nous paraîtraient obligés à lui faire des significations qui tomberaient sans nécessité à la charge du garant, comme un accessoire de la garantie qu'il doit.

[[*V.* nos observations sur la *Quest.* 776.]]

[[778 bis. *De quel jugement parle l'art.* 182, *en disant que la mise hors de cause ne peut être requise par le garanti qu'avant le premier jugement?*

M. DELAPORTE, t. 1 p. 185, pense que la mise hors de cause ne peut plus être demandée après que, sur l'appel de la cause, il y a eu jugement de remise. Cette opinion nous paraît trop rigoureuse; les remises sont accordées pour que les parties préparent leurs moyens de défense; jusque-là donc le garanti a pu n'être pas suffisamment fixé sur la ligne de conduite qu'il devait tenir. Nous pensons, avec M. LEPAGE, t. 1, p. 161, qu'il s'agit d'un jugement par lequel le contrat judiciaire se trouve formé. M. PIGEAU, *Procéd.*, t. 1, p. 180, cite l'exemple d'un jugement qui ordonnerait une enquête sur une possession alléguée par le garant. *V.* aussi M. BOITARD, t. 2, p. 113 et 114.]]

ART. 183. En garantie simple, le garant pourra seulement intervenir, sans prendre le fait et cause du garanti.

Ordonn., tit. 8 art. 12. — C. de P., art, 339, 340. — C. C., 2011.

CXLI. En garantie simple, le garant peut être appelé, aux termes de l'article ci-dessus, ou intervenir pour proposer des moyens contre la demande originaire, mais secondairement et conjointement avec le défendeur originaire, dont le même article lui interdit de prendre le fait et cause. La raison de cette différence entre lui et le garant formel, c'est qu'en garantie simple, le défendeur originaire est obligé personnellement envers le demandeur, et il doit, par conséquent, répondre personnellement à l'action : on eût donc, ainsi que l'observe M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 231, à la note 64, privé le demandeur principal d'une partie de l'effet de cette action, s'il avait été permis au garant de prendre le fait et cause du garanti. Au contraire, la garantie formelle met le garant à la place du défendeur originaire, parce que, sur toute action réelle, ce n'est qu'à cause de la qualité de détenteur que le défendeur est actionné, et non point, dit encore le même auteur, notes 57 et et 61, parce qu'il a des droits à discuter avec le demandeur; c'est au contraire le garant seul (sauf le cas où il eût commis des dégradations qui ouvriraient contre lui une action directe et personnelle), qui en a à discuter.

Ainsi, par exemple, Joseph assigne Paul en revendication du domaine A qu'il a acheté de Pierre, et dont Joseph se prétend propriétaire; c'est Pierre seul qui doit discuter avec Joseph la question de propriété; l'entremise de Paul *(défendeur et garanti)*, dont Pierre est *garant*, est inutile à cette discussion.

ART. 184. Si les demandes originaire et en garantie sont en état d'être jugées en même temps, il y sera fait droit conjointement; sinon le demandeur originaire pourra faire juger sa demande séparément. Le même jugement prononcera sur la *disjonction* (1), si les deux instances ont été jointes; sauf, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s'il y échet.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 242, nos 51 à 53.]—Ord., tit. 8, art. 13, V. *suprà*, sur l'art. 153, *Q.* 679. —[Notre Dictionnaire général de procédure, vo *Garantie*, nos 71 à 75, 77.—Arm. Dalloz, *ibid*, nos 541 à 551. — QUESTIONS TRAITÉES : Un tribunal peut-il appliquer d'office la disposition de l'art. 184? *Q.* 779. — Le décès du garant, celui de son avoué ou la destitution, interdiction ou démission de celui-ci, sont-ils un motif suffisant pour autoriser le demandeur originaire à faire prononcer séparément sur la demande? *Q.* 780.] (2)

CXLII. L'art. 184 fait assez connaître qu'aussitôt qu'une demande en garantie est incidemment formée, le tribunal doit rendre jugement qui la joint à l'action principale, pour être procédé sur les deux par un seul et même jugement, et c'est ce qui se pratique à moins que le demandeur originaire n'ait eu de justes motifs pour s'y opposer; mais cette jonction n'eût-elle pas eu lieu, on voit encore, par notre article, qu'il suffit que le tribunal soit saisi d'une demande principale et d'une demande en garantie, qui se trouvent en même temps en état d'être jugées, pour qu'il doive y faire droit conjointement.

Si, au contraire, par l'effet de contestations particulières entre le défendeur originaire et le garant, la demande en garantie n'était pas en état, tandis

---

(1) *Disjonction*, c'est-à-dire sur la séparation des deux instances, savoir : celles qui existent, 1° entre le demandeur et le défendeur originaire; 2° entre ce dernier et son garant.

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° La demande originaire et la demande en garantie doivent être disjointes, lorsque la première est reconnue et se trouve en état de recevoir jugement, tandis, au contraire, que la seconde est contestée et liée à un compte à débattre.— Rennes, 4 janv. 1811.

2° Mais, si la demande principale n'est pas en état, la demande en garantie peut être jugée préalablement, *si les parties y consentent*.—Rennes, 25 mai 1814.

3° Sous l'empire du tit. 8 de l'ordonnance de 1667, comme sous le Code de procédure civile, il devait être statué par un seul et même jugement sur la demande principale et sur la demande en garantie, lorsqu'elles étaient l'une et l'autre en état de recevoir une décision. — *Cass.* 17 frim., an 7 (*J. Av.*, t. 14, p. 416).

4° Une action est liée avec l'action principale, quand les procédures ont été faites contradictoirement avec le garant, sans opposition du demandeur principal qui n'a pas demandé la disjonction des instances. — *Cass.*, 10 mars 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 236).

5° Une demande en garantie ne peut être jointe à l'instance principale qu'autant qu'elle a été formée dans la huitaine de la demande originaire et qu'elle n'en retarde pas le jugement.—Bord., 2 août 1832, (*J* de cette cour, t. 7, p. 453).

6° En ce qui touche la disjonction des causes, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit dans le jugement, sauf à disjoindre.—Orléans, 7 juill. 1808 (*J. Av.*, t. 14, p. 429).— M. HAUTEFEUILLE, p 127, 3e alin., est d'une opinion conforme.]

que la demande originaire le serait, le tribunal, sur les conclusions du demandeur originaire, statue sur la demande principale seulement (1), en prononçant au commencement de son jugement la *disjonction* des deux instances, si précédemment elles ont été jointes; sauf à statuer ultérieurement sur la demande en garantie, s'il y échet (2).

779. *Un tribunal peut-il appliquer d'office la disposition de l'art.* 184?

L'art. 184 est conçu dans les mêmes termes que l'art. 13 du tit. 8 de l'ordonnance, à l'exception qu'il n'exige pas que le demandeur originaire signifie que sa demande est en état. Or, sur ce dernier article, RODIER, 3e *Quest.*, dit que les juges pouvaient d'office disjoindre les deux instances, lorsque la demande en garantie leur paraissait avoir besoin de plus grands éclaircissements. M. BERRIAT-SAINT-PRIX adopte cette opinion, p. 232, note 66.

Nous adoptons l'opinion contraire, en nous fondant sur ces termes de l'article 184, que l'ordonnance employait également, *le demandeur originaire pourra faire juger sa demande séparément.* Il nous paraît résulter de ces expressions que, la disjonction n'ayant lieu que dans l'intérêt du demandeur, la loi lui a laissé la faculté de la provoquer ou de consentir à ce que les deux instances demeurent jointes. Nous ne voyons d'ailleurs aucune raison d'ordre public qui exige que le juge supplée d'office à la réquisition du demandeur originaire; il nous paraît, au contraire, que l'avantage que le législateur a trouvé à permettre la jonction subsiste toujours. Or, le juge, lorsque la loi ne lui en fait pas un devoir ou ne lui en donne pas expressément la faculté, doit se garder d'agir d'office, et surtout dans les matières qui ne tiennent qu'à l'intérêt privé.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 467, embrasse cette opinion que nous ne partageons point. Il est d'ordre public que la justice soit bien administrée; aussi la loi a-t-elle donné aux juges les pouvoirs nécessaires pour arriver à la connaissance de la vérité et mettre l'affaire en état d'être jugée; toutes les voies peuvent d'office être ordonnées par lui; c'est ce qui résulte de tous les titres du Code de procédure qui ont pour objet l'instruction des affaires. Il importe donc fort peu que l'article 184 dise: *le demandeur pourra.* C'est là, sans doute, une faculté accordée au demandeur; mais cette faculté ne peut restreindre les pouvoirs accordés aux tribunaux. M. HAUTEFEUILLE, p. 127, est de cet avis.]]

780. *Le décès du garant, celui de son avoué, ou la destitution, interdiction ou démission de celui-ci, sont-ils un motif suffisant pour autoriser le demandeur originaire à faire prononcer séparément sur sa demande?*

Rodier, sur l'art. 13 du tit. 8 de l'ordonnance, examine encore cette ques-

---

(1) Lorsque la demande principale est jugée séparément de celle en garantie, si le demandeur obtient gain de cause, comme il n'a, par le jugement, d'autre adversaire et d'autre débiteur que le défendeur originaire, c'est uniquement contre celui-ci qu'il doit poursuivre l'exécution du jugement, tant pour le principal que pour les frais, sauf son recours dans l'instance en garantie. Si, au contraire, le demandeur obtient gain de cause par jugement qui prononce conjointement sur les deux instances, il faut, comme nous le dirons sur l'article suivant, distinguer, relativement aux poursuites en exécution, entre la garantie simple et la garantie formelle.

(2) *S'il y échet.* Il échet de statuer sur la demande en garantie, lorsque le défendeur originaire succombe, et qu'il y a eu contestation liée entre lui et le garant avant la disjonction; car, autrement, le tribunal ne pourrait connaître de l'action en garantie, s'il n'était pas le juge naturel du garant.

tant; mais il suppose que, la demande principale et celle en garantie ayant été jointes *et conclues*, c'est à la veille du jugement du procès que le garant ou son procureur vient à décéder, ou que celui-ci vient à être dépossédé de son office.

« En ces cas, dit cet auteur, la demande en garantie ne sera pas en état d'être jugée, quoique la demande principale semble l'être; cependant le demandeur originaire ne pourra pas faire juger séparément la demande principale, par la raison qu'on ne saurait prononcer sur la disjonction, c'est-à-dire rétracter le précédent jugement qui a joint, que contradictoirement avec toutes les parties. Or, comment le faire sans une nouvelle assignation, lorsque le procès est hors de droit par le décès d'une partie ou d'un procureur, ou par l'abdication de l'office du procureur? »

Il suffira de lire les art. 342 et 343 du Code de procédure, pour reconnaître que cette solution de Rodier ne peut plus être suivie (1).

[[Nous adoptons sans restriction cette solution, ainsi que celle qui est exprimée à la note. *V.* FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 467; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 231, et HAUTEFEUILLE, p. 127.]]

ART. 185. Les jugements rendus contre les garants formels seront exécutoires contre les garantis.

Il suffira de signifier le jugement aux garantis, soit qu'ils aient été mis hors de cause ou qu'ils y aient assisté, sans qu'il soit besoin d'autre demande ni procédure. A l'égard des dépens, dommages et intérêts, la liquidation et l'exécution ne pourront en être faites que contre les garants. Néanmoins, en cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des dépens, à moins qu'il n'ait été mis hors de cause; il le sera aussi des dommages et intérêts, si le tribunal juge qu'il y a lieu.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 242, nos 54 à 58.] — Ord., tit. 8, art. 11. — C. de P., art. 128, 130, 523, 543. — [Notre Dictionnaire général de Procédure v° *Garantie*, nos 111 à 118. — Arm. Dalloz, *ibid.*, nos 552 à 562. — Locré, t. 21, p. 438. — QUESTIONS TRAITÉES : Les dispositions de l'art. 185 ne s'appliquent-elles qu'au garant formel? *Q.* 781. — Sous quels rapports les jugements sont-ils exécutoires contre les garantis formels? *Q.* 782. — Y a-t-il des exceptions à la seconde disposition de l'art. 185, qui veut que les dépens, dommages-intérêts ne soient exécutés et liquidés que contre les garants? *Q.* 783. — En quel sens doit s'appliquer la troisième disposition de l'art. 185, qui prononce qu'en cas d'insolvabilité du garant, le garanti est passible de dommages-intérêts, si le tribunal juge qu'il y a lieu? *Q.* 784. — Le vendeur est-il tenu de garantir l'acquéreur des frais occasionnés par un tiers demandeur en éviction, dont l'action est rejetée et qui se trouve insolvable? *Q.* 784 *bis*. — Le garant qui succombe doit-il être condamné aux dépens vis-à-vis du garanti, depuis l'introduction de l'instance, ou seulement depuis sa mise en cause? *Q.* 784 *ter*.] (2)

---

(1) Mais supposons que l'affaire n'ait pas été *conclue*, il n'y aura pas lieu à l'application des articles que nous venons de citer; faudra-t-il alors surseoir à prononcer sur la demande principale, jusqu'à reprise d'instance par les héritiers de la partie décédée, ou jusqu'à constitution de nouvel avoué? Nous ne le pensons pas, par le motif que la jonction de l'action en garantie n'étant autorisée que pour l'avantage du défendeur originaire, le demandeur ne doit point souffrir des retards que des événements même involontaires pourraient apporter au jugement de cette action.

Nous pourrions, au surplus, appuyer cette opinion d'un arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 27 juin 1810. (*V. S.*, t. 10, 1re p., p. 280, et *J. Av.* t. 15, p. 220).

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° La garantie, due par le tireur d'une lettre de change protestée aux endosseurs subséquents, ne comprend pas seulement le remboursement des traites au cours du change, lors de la négociation, mais encore toutes les condamnations prononcées con-

CXLIII. De ce qu'en garantie simple le défendeur originaire est personnellement obligé envers le demandeur, ainsi que nous l'avons dit au commentaire de l'art. 183, il suit qu'il est tenu personnellement envers ce dernier de l'exécution du jugement, sauf à lui, s'il a obtenu une condamnation récursoire contre le garant, à poursuivre ce dernier, après ou même avant l'exécution du jugement de condamnation au principal.

Mais, par la même raison déduite en ce commentaire, qu'en garantie formelle, le défendeur originaire n'est point obligé personnellement et directement, mais seulement à raison de la chose qu'il détient, la loi, par l'art. 185, règle que les jugements rendus contre les garants formels, seront exécutoires contre les garantis, mais seulement en ce qui concerne le principal de la condamnation, c'est-à-dire la restitution de la chose ou la tolérance du droit réel qui eût été l'objet de l'action (1), et veut que la liquidation et l'exécution des dépens et dommages et intérêts ne puissent être faites que contre le garant (2).

Néanmoins, en cas d'insolvabilité du garant, la loi veut que le garanti supporte les dépens ; pour cela, elle a considéré quel rôle il a joué durant le procès. S'il a été mis hors de cause, il n'a pu occasionner aucuns frais de procédure : il n'eût donc pas été juste de mettre à sa charge les dépens de contestations auxquelles il a été parfaitement étranger ; mais, s'il est resté en cause, il s'est, pour ainsi dire, rendu complice de la mauvaise foi du garant. L'un et l'autre ont défendu conjointement et succombent conjointement : l'un doit donc, à défaut de l'autre, payer les dépens du procès (3).

781. *Les dispositions de l'art.* 185 *ne s'appliquent-elles, dans toutes leurs parties, qu'au garanti formel ?*

Oui : lorsqu'il s'agit de garantie simple, les jugements sont exécutoires contre le garanti, tant pour le principal que pour les dommages-intérêts, sauf son recours contre le garant simple. La raison en est que le garanti reste toujours en cause.

Mais s'il y a plusieurs garants simples, chacun d'eux n'est tenu d'indemniser le garanti que pour sa part et portion seulement, parce que les garants simples ne sont pas plus débiteurs que celui qui les appelle en garantie, et qu'ils sont

---

tre ces endosseurs. *Cass.*, 12 frim., an 7, *J. Av.*, t. 14, p. 419, n. 3.

2° Lorsqu'en vertu d'un jugement qui condamnait le garanti, le garant a été obligé de rembourser au garanti la somme qu'il avait été obligé de payer, et que, par suite de l'appel interjeté contre ce jugement, ce jugement a été réformé, le garant peut répéter les sommes qu'il a payées, directement contre le créancier qui les a touchées et non contre le garanti. Bord. 9 janv. 1829, journal de cette cour, t. 4, p. 9.

(1) Par la raison que, le garanti étant en possession de l'objet réclamé, c'est à lui de le rendre au réclamant, si la restitution est ordonnée. —(*Rapp. au Corps législ.*)

(2) Parce que, le titre du garanti faisant présumer la bonne foi de sa possession, du moins jusqu'à la preuve contraire, on n'a rien à lui demander après qu'il a fait le délaissement : d'où il suit que le paiement des frais et dommages-intérêts devait, comme le veut la loi, être poursuivi directement contre le garant, qui seul a eu tort d'usurper et de vendre un bien qui ne lui appartenait pas, ou de le vendre exempt de charges et de droits réels, quand il était grevé d'hypothèques ou de servitudes, etc.

(3) Quant aux dommages-intérêts prononcés contre le garant, la loi se montre moins rigoureuse envers le garanti. Elle veut que sa responsabilité dépende de circonstances qu'elle n'a pu déterminer, qu'elle abandonne à la prudence du juge, mais qui, dans notre opinion, doivent être telles qu'elles établissent des présomptions graves de collusion et de fraude entre le garant et le garanti, pour dépouiller le demandeur.

tous obligés également, comme il arrive entre coobligés solidairement et entre cohéritiers, dont l'un, ayant été assigné, aurait donné une demande en recours contre les autres. (Jousse et Rodier sur l'art. 11 de l'ordonn.)

Mais on sent que si le garanti avait été appelé comme caution du cessionnaire, le garant devrait l'indemniser de tous les dépens. (V. Code civ., art. 2028 et 2032; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 232, not. 69.)

On sent également que les garants simples qui ont contesté mal à propos la garantie, doivent supporter en entier les dépens de leur mauvaise contestation; dans le cas contraire, les dépens doivent être compensés entre eux, sauf ceux de l'exploit en garantie et de la demande originaire, qui doivent être supportés par chacun *pro virili parte*. (*V.* Jousse, *ubi suprà*.)

[[Ces décisions sont justes. Inutile de faire observer que le jugement obtenu contre le défendeur principal, hors la présence du garant, ne peut nuire à celui-ci qui conservera ses droits intacts; M. THOMINE DESMAZURES ajoute, t. 1, p. 342, qu'il en sera de même s'il n'a été condamné envers le garantique par défaut, qu'il pourra revenir par opposition, et faire valoir tous ses moyens pour prouver qu'il n'est point véritablement garant, ou établir que la demande originaire était mal fondée, et que le défendeur a été mal à propos condamné.

Le demandeur originaire ayant été autorisé à faire prononcer le tribunal sans être obligé d'attendre que la demande en garantie fût en état, l'opposition du garant ne peut ni ne doit le concerner : le litige n'existe plus qu'entre le garant et le garanti.]] **Supp. alph.**, V° *Garantie*, n. 67, 68.

782. *Sous quels rapports les jugements sont-ils exécutoires contre les garantis formels ?*

Ils le sont sous le rapport que, s'il s'agit, par exemple, d'un délaissement de fonds ou d'une déclaration d'hypothèque, le défendeur garanti sera contraint d'abandonner l'un ou de souffrir l'autre; il suffira à cet effet de lui signifier le jugement sans autre forme de procédure. (*V.* Rodier sur l'art. 11 de l'ordonn., 1re *Quest.*)

Remarquons qu'il résulte de la première disposition de l'art. 185, que le garanti se trouve compris dans la disposition de l'art. 2061 du Code civil qui autorise les tribunaux à prononcer la contrainte personnelle contre celui qui résiste à exécuter une condamnation en délaissement. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 151.)

[[Malgré la conséquence fort rigoureuse signalée par M. Carré lui-même, nous partageons son opinion.]]

783. *Y a-t-il des exceptions à la seconde disposition de l'art.* 185, *qui veut que les dépens, dommages et intérêts ne soient exécutés et liquidés que contre les garants?*

Rodier, sur l'art. 11 de l'ordonnance, *Question* 1re, en admettait deux : la première, si le garanti avait contesté et donné occasion à des dépens avant d'avoir appelé son garant; la seconde, si le défendeur, ayant assisté dans la cause, avait donné lieu, par quelques contestations, à le condamner, ainsi que le garant, aux dépens ou à des dommages-intérêts, sans qu'on lui eût accordé de garantie, attendu qu'il devait supporter personnellement ces dépens pour ne s'être pas conduit *merè passivè*.

Nous croyons que ces exceptions doivent encore être appliquées comme fondées en justice. Par la même raison, nous pensons que l'on ne doit pas, les frais de la demande originaire exceptés, liquider et exécuter contre le garant

la portion de condamnations aux dépens qui auraient précédé la mise en cause. L'art. 14 de l'ordonnance le voulait ainsi, et l'on est encore dans l'usage de suivre sa disposition malgré le silence du Code. En effet, il y aurait injustice à ne pas faire supporter directement par le garanti des frais que le garant, s'il avait été mis en cause avant qu'ils eussent été faits, eût pu prévenir, soit par ses défenses, soit en passant condamnation. — (*V.* Rodier et Jousse sur l'art. 14 de l'ordonnance, et Delaporte, sur l'art. 185 du Code, t. 1, p. 190 et 191.)

[[Nous adoptons cette opinion, et nous pensons aussi, avec un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1819 (*J. Av.*, t. 14, p. 472), que le garant, mis hors de cause sur l'action exercée contre lui, peut être condamné aux dépens conjointement avec le garanti qui succombe, par cela seul qu'il a voulu, par ses conclusions, appuyer la demande de ce dernier.]]

784. *En quel sens doit s'appliquer la troisième disposition de l'art.* 185, *qui prononce qu'en cas d'insolvabilité du garant, le garanti est passible des dommages-intérêts, si le tribunal juge* QU'IL Y A LIEU ?

Nous avons dit, sur la 776e *Question*, que le défendeur garanti ne pouvait être passible, soit des dépens, soit des dommages-intérêts, qu'autant qu'il n'avait pas été mis hors de cause ; mais qu'il pouvait être prononcé contre lui personnellement une condamnation aux dommages-intérêts résultant de son propre fait, lorsque le demandeur le retenait en cause pour assister seulement. C'est à cette distinction que la troisième disposition nous paraît se rapporter. Le législateur a laissé à la prudence du tribunal de faire supporter au garanti les dommages-interêts *s'il y a lieu*, c'est-à-dire s'il résulte de quelques circonstances qu'il a participé à la cause qui donne lieu à ces dommages-intérêts ; par exemple, s'il paraît aux juges qu'il a agi de mauvaise foi, à raison de dégradations du fonds, de perceptions de fruits, etc. En ce cas, il est juste qu'il réponde de l'insolvabilité du garant, puisqu'il aurait contribué au préjudice à réparer. — (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 233, not. 72.)

[[Cette interprétation, de M. Carré, a été adoptée avec raison par M. BONCENNE, t. 3, p. 425.]]

[[**784** bis. *Le vendeur est-il tenu de garantir l'acquéreur des frais occasionnés par un tiers demandeur en éviction dont l'action est rejetée et qui se trouve insolvable ?*

Le 3 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 270), la Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par un arrêt ainsi conçu : « Attendu qu'il résulte des articles 1625, 1626 et 1630 C. civ., invoqués par le demandeur, que le vendeur n'est pas tenu seulement de garantir l'acquéreur de l'éviction, mais encore de tous les troubles qui pourraient être apportés injustement à sa possession ; que la conséquence de cette garantie doit nécessairement obliger le garant à rembourser au garanti les frais que celui-ci a été forcé de faire pour repousser le trouble par lui souffert momentanément. »

Un arrêt de la Cour de Grenoble, en date du 31 novembre 1824, a jugé le contraire de l'arrêt que nous venons de rapporter (1), et décidé que, lorsque

---

(1) La Cour de Grenoble n'a donné aucun motif, et seulement d'après les faits et le jugement de première instance, la question décidée a été ainsi posée par les arrêtistes :

« L'acquéreur qui, assigné en délaisse-

l'éviction de l'acquéreur n'est point prononcée, la garantie exercée par lui contre son vendeur n'a plus d'objet, et que dès lors celui-ci ne peut être condamné ni aux dépens de la demande en garantie, ni aux dépens de la demande en éviction. Nous ne connaissons aucun autre arrêt *in terminis* sur cette question, qui nous semble très grave et qu'il convient d'examiner. L'art. 1625, du C. civ., veut que le vendeur assure à l'acquéreur la possession paisible de la chose vendue. Or, l'éviction dirigée contre celui-ci constitue bien un trouble qui l'autorise à recourir contre le vendeur pour être garanti. Car à l'obligation de garantie est nécessairement attachée l'obligation des frais de la défense. Il est vrai que l'art. 1630 ne proclame formellement cette conséquence que pour les cas où l'acquéreur succombe sur la demande en éviction. Mais il serait injuste de décider *à contrario* que le rejet de cette demande dégage le vendeur de toute garantie pour les frais que l'acquéreur a été forcé de faire pour la repousser. Barthole, sur la loi 1re au digeste, titre *de evictionibus*, et sur la loi 102 au Code *de verborum obligationibus*, professe que le vendeur doit à l'acquéreur les dépenses faites par l'acquéreur pour s'assurer la possession de la chose vendue contre le demandeur en éviction, *quia venditor litem in se suscipere et pro reo defendere tenetur*. On trouve dans BASSET, t. 1, p. 183, un arrêt du parlement de Grenoble de 1646, qui, en conséquence de cette doctrine, jugea que les dépens compensés entre le demandeur et le défendeur principal devaient être supportés par le garant, depuis sa mise en cause.

D'ailleurs n'est-il pas inexact de dire que, par cela seul que l'action en éviction a été repoussée, l'acquéreur a eu tort de recourir en garantie contre son vendeur? Il faut bien reconnaître qu'il a eu raison d'appeler celui-ci en cause, puisque la loi lui en impose l'obligation, en déclarant que la garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner sans appeler son vendeur (art. 1630, C. civ.). Comment donc, alors que l'obligation de recourir en garantie pour l'acquéreur, et l'obligation de fournir cette garantie pour le vendeur, sont certaines, peut-on faire tomber les frais sur l'acquéreur, surtout lorsqu'il résulte des art. 182, 185, C. p. c., que tous les risques sont pour le garant qui a pris fait et cause du garanti?

Mais voici ce qu'on peut opposer à cette doctrine. Sans doute le vendeur doit garantir la propriété qu'il a vendue; mais ne serait-ce pas étendre outre mesure cette obligation, que de mettre à sa charge les frais de toutes les réclamations sans fondement, que des tiers, devenus plus tard insolvables, auront formés contre l'acquéreur? Cette conséquence paraissait à Voët exagérée, inique; aussi était-il d'avis que ces sortes de réclamations devaient être assimilées à des cas fortuits, qui, d'après le droit commun, ne peuvent nuire qu'à l'acquéreur, comme propriétaire de la chose vendue. En ce sens, un arrêt du parlement de Toulouse de 1597 décide que, hors le cas d'éviction, le vendeur ne doit garantir l'acquéreur des dépens avancés contre les tiers, qu'autant qu'il a voulu s'exposer à tous les événements du procès, en prenant fait et cause. On peut ajouter que c'est pour cela que l'art. 1630, C. civ., ne le déclare passible des dépens qu'en cas d'éviction de l'acquéreur. Telle était l'opinion de Berthelot dans son *Traité des Evictions*.

Mais, après avoir professé que le vendeur n'est pas tenu des dépens de l'instance principale, quand l'éviction est rejetée, Berthelot décide qu'il est pas-

---

ment, a appelé en cause son vendeur, ne peut, lorsque la demande principale formée contre lui est rejetée, obtenir condamnation contre son vendeur, aux dépens de l'instance. — Il ne peut même obtenir condamnation pour les frais particuliers de l'instance en garantie, devenue sans objet par le rejet de l'instance principale. »

sible des frais de l'instance en garantie. La Cour de cassation n'a pas eu à examiner ce point dans l'arrêt que nous venons de rapporter ; mais il fut soumis à la Cour de Grenoble, dans l'espèce par elle jugée en 1824, et elle rejeta l'opinion de Berthelot. Sa décision, à cet égard, paraît conforme au principe que la partie qui succombe doit être condamnée aux dépens ; d'où la conséquence que l'acquéreur, gagnant son procès contre le demandeur principal, perd son procès en garantie contre son vendeur, et qu'il doit, par la même raison que le demandeur originaire est condamné aux dépens envers lui, subir une pareille condamnation envers le défendeur en garantie.

Ne peut-on pas répondre à cela : 1° que l'acquéreur n'était pas maître de prévenir la cause de son recours en garantie, c'est-à-dire l'action en éviction du tiers ; 2° que la loi lui imposait l'obligation de mettre en cause son vendeur (art. 1630, C. civ.); 3° que, par cela seul qu'il y avait demande en éviction, il y avait lieu à demande en garantie contre le vendeur, et injonction à l'acquéreur, pour repousser le demandeur principal ; 4° qu'il n'appartient pas à l'acquéreur de juger si les prétentions de celui-ci sont fondées, et qu'en tous cas il doit le faire connaître à son vendeur, et lui demander garantie pour le cas où elles pourraient être accueillies ; 5° que, s'il y a lieu à rejeter la demande en garantie par suite du rejet de la demande principale, il ne s'ensuit pas pourtant que l'acquéreur succombe dans son recours contre son garant.

Si, dans ce conflit de raisons, on pouvait transiger avec les principes, nous proposerions de faire supporter à l'acquéreur les frais de la demande principale, en cas d'insolvabilité du demandeur principal, et au vendeur ceux de la demande en garantie.

Il résulterait de là que les dépens faits par l'un et l'autre devraient d'abord être mis à la charge du demandeur en éviction, et que, dans le cas où il serait insolvable, ce serait un malheur pour l'acquéreur et le vendeur à la fois. Alors il y aurait malheur pour chacun, ainsi que le voulait Voët d'après les règles du droit commun. L'acquéreur supporterait l'insolvabilité du demandeur principal pour les frais de la demande de celui-ci ; mais, quant aux frais de l'instance en garantie, l'acquéreur les ferait supporter au vendeur. Nous ne nous dissimulons pas le peu de satisfaction que procurerait ce résultat, soit à l'acquéreur, soit au vendeur ; mais nous répondrons que l'équité semble devoir faire répartir sur chacun l'effet de l'insolvabilité du demandeur principal, au lieu de le faire tomber en entier sur un seul d'entre eux. Au surplus nos lecteurs jugeront laquelle, de la Cour de cassation ou de la Cour de Grenoble, a décidé conformément à l'esprit de la loi. Forcé de prendre un parti, nous préférons la doctrine de la Cour suprême à celle de la Cour de Grenoble, tout en reconnaissant la force des motifs de leur dissentiment.]] **Supp. alph.**, V° *Garantie*, n. 73 et s.

[[**784** ter. *Le garant qui succombe doit-il être condamné aux dépens vis-à-vis du garanti depuis l'introduction de l'instance principale ou seulement depuis sa mise en cause ?*

M. MERLIN, *Rép.*, t. 3, p. 554, v° *Depens*, n° 8, s'exprime ainsi : *Le garant ne doit les dépens au garanti que du jour que la demande originaire lui a été dénoncée.*

Il nous semble impossible d'admettre cette doctrine ; car, en principe le garant est tenu de tout trouble qui vient traverser la possession du garanti (1), et notamment de toutes les pertes que la dépossession lui fait subir. L'art. 1630, § 3 du C. civ., contient une disposition formelle en ce qui concerne la garantie

(1) Il est utile de consulter notre *Quest.* précédente.

exercée par l'acquéreur contre son vendeur. « Celui-ci, dit ce paragraphe, doit les frais de la demande en garantie *et ceux faits par le demandeur originaire*, » et rien n'est plus juste ; si c'est en effet par la faute du garant ou par sa mauvaise foi que le garanti se trouve évincé, il serait inique de faire supporter à celui-ci les premiers dépens d'une action qu'il n'a pu prévenir, dépens qui peuvent être considérables, soit à cause des copies de pièces, soit par la signification de quelque volumineuse requête. C'est le fait du garant qui a donné lieu non-seulement à l'action en garantie, mais encore à l'action principale : puisqu'il succombe sur l'une comme sur l'autre, on ne voit pas à quel titre il se dispenserait de payer les frais de l'une et de l'autre. Nous ne dissimulerons pas qu'un arrêt de la Cour de cassation du 8 nov. 1820 (*J. Av.*, t. 9, p. 289), semble, au premier abord, avoir consacré l'opinion de M. Merlin, en décidant que le sieur Petit, acquéreur d'un immeuble appartenant à M. le duc d'Orléans, poursuivi en éviction et ayant recouru contre son vendeur qui fut condamné à le garantir, n'avait pu obtenir néanmoins les dépens contre ce dernier qu'à dater de sa mise en cause ; mais il est évident que, dans cette espèce, les juges ont cédé à des considérations de fait plutôt que de droit. Le sieur Petit, en achetant, connaissait les dangers auxquels il s'exposait ; d'un autre côté, poursuivi en éviction dès le mois d'avril 1779, ayant laissé rendre plusieurs jugements et arrêts avant et depuis la révolution, il n'avait appelé M. le duc d'Orléans en garantie qu'en 1818 seulement. Il n'est pas étonnant que toutes ces circonstances aient forcé les tribunaux à le traiter sévèrement : son garant, qu'il avait tant tardé à appeler, et qui, s'il eût été dans l'instance, aurait peut-être fait cesser le litige bien plus tôt, ne pouvait être la victime de ses lenteurs, ni payer les dépens exposés pendant plus de quarante ans dans un procès où il n'avait pas jusque-là figuré. Nous approuvons donc cette décision de la Cour de cassation ; mais nous croyons qu'elle ne contrarie pas la solution donnée en principe à la question proposée.]1 **Supp. alph.**. V *Garantie*, n. 75.

ART. 186. Les exceptions dilatoires seront proposées conjointement, et avant toutes défenses au fond.

Ordonn., tit. 9, art. 1.—C. de Pr., art. 169, 338. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Garantie*, n° 202. — Arm. Dalloz, v° *Exception*, n°s 325 à 334. —Locré, t. 21 p. 440. — QUESTIONS TRAITÉES : La disposition de l'art. 186 s'applique-t-elle à d'autres exceptions que celles que le Code de Procédure qualifie de dilatoires? *Q.* 785. — La règle posée en l'art. 186 est-elle si absolue que le défendeur ne puisse pas opposer successivement des exceptions dilatoires dont il n'aurait connu la cause qu'après en avoir proposé d'autres ? *Q.* 786. — Les juges peuvent-ils joindre au fond l'exception dilatoire, et statuer sur le tout par un même jugement ? *Q.* 786 *bis*.] (1)

CXLIV. Si le défendeur était libre de proposer, les unes après les autres, les différentes exceptions dilatoires qu'il se croirait fondé à opposer, on sent qu'il lui serait trop facile d'éloigner le jugement de la cause. La loi prévient un tel abus en prescrivant, par l'article ci-dessus, de les proposer toutes ensemble et avant de défendre au fond; autrement, on ne serait plus recevable à les faire valoir (2).

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Les créanciers opposants à une cession de biens doivent présenter toutes leurs exceptions préjudicielles à la fois; ainsi, ils ne peuvent, après avoir demandé une communication de pièces, demander un sursis. —Paris, 27 nov. 1828, *J. Av.*, t. 36, p. 192, et Rennes, 10 août 1808, t. 12, p. 458.]

(2) Cet article s'exécute, ainsi que le prescrivait l'ordonnance de 1667, tit. 9, art. 1, par la réunion de toutes les exceptions dilatoires dans un même acte qui, comme nous venons de le dire, doit être signifié avant toutes défenses au fond, c'est-à-dire avant les fins de non-recevoir ou exceptions péremptoires du fond, s'il y en

785. *La disposition de l'art.* 186 *s'applique-t-elle à d'autres exceptions que celles que le Code de procédure qualifie de* dilatoires?

Oui, et c'est ce qui résulte implicitement des expressions de l'art. 187, qui permet à l'héritier, à la veuve et à la femme séparée, de ne proposer *leurs exceptions* dilatoires qu'après l'échéance des délais pour faire inventaire et délibérer. Or, après l'échéance des délais, il ne resterait à opposer que l'exception de garantie, si l'art. 186 ne devait s'entendre que des exceptions qualifiées dilatoires par le Code, et cependant l'art. 187 réserve à l'héritier et à la femme *leurs exceptions :* donc il y a d'autres exceptions dilatoires auxquelles doit s'appliquer l'art. 186. (Rennes, 11 sept. 1813; *J. Av.*, t. 12, p. 491.)

Ces exceptions sont, comme nous l'avons dit p. 152, toutes celles qui ont pour objet avoué de procurer au défendeur un délai pour défendre à l'assignation, parce qu'il ne *peut y répondre pour le moment*, ou parce qu'il a le droit de jouir d'un terme (1).

[[MM. BONCENNE, t. 3, p. 306, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 467, pensent, comme M. Carré, qu'il est d'autres exceptions dilatoires que celles qu'on trouve énoncées dans par le Code de procédure. Ils citent, comme lui, pour exemple l'exception de discussion de l'art. 2022 du Cod. civ.

M. BOITARD, t. 2, p. 127 et suivantes.., sans s'arrêter aux expressions des art. 186 et 187, qu'il reconnaît formelles, mais qu'il estime avoir été insérées avec un peu de légèreté, conteste que les moyens de défense auxquels plusieurs auteurs ont donné jusqu'ici le nom d'exceptions dilatoires aient vraiment ce caractère; le bénéfice du terme n'est, d'après lui (p 131), qu'un moyen du fond auquel on n'est pas censé renoncer en contestant d'abord l'existence de la dette. Il pense de même quant à l'exception tirée du défaut de qualité du demandeur (p. 136), à l'exception de discussion opposée par la caution (p. 136), au bénéfice de division (p. 140), et au moyen de l'art. 2170 (p. 140). Il ne consent à voir d'exception dilatoire que dans la faculté réservée, par l'art. 1225 du Cod. civ., au codébiteur d'une chose indivise attaqué pour la totalité de la créance, de demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs. Encore même, ce cas lui paraît devoir concourir si rarement avec l'exception de garantie, qu'il persiste à voir une négligence grave du législateur dans les art 186 et 187 du Cod. de p. (procédure 141).

Nous n'hésitons pas à partager l'opinion de M. Boitard, qui rentre complétement dans les développements que nous avons donnés à notre *Quest.* 739 *bis.*]]

Supp. alph., V° *Exception*, n. 11.

---

a ou, dans le cas contraire, avant les moyens de défense proprement dite, mais après les exceptions de caution *judicatum solvi*, ou de renvoi, ou de nullité d'exploit. — *V.* art. 166, 169 et 173, *et la Biblioth. du barr.*, 1re p., t. 3, p. 283).

(1) Ainsi l'on appliquerait l'art. 186, premièrement à l'exception de discussion et de division résultant des art. 2021, 2022 et 2170 du Code civil, cette exception étant véritablement dilatoire. C'est ce qui fait dire à M. PIGEAU, t. 1, p. 179, que l'exception de garantie et celle-ci étant toutes deux dilatoires, il n'est pas exigé que la première soit opposée avant la seconde; qu'il faut, au contraire, d'après l'art. 186, les proposer conjointement;

Secondement, à toute action fondée sur une obligation à terme, parce qu'encore bien que le terme ne suspende point l'existence de la dette, néanmoins le débiteur qui n'en est point déchu, et qui est assigné avant l'échéance, ne peut être actuellement condamné au paiement, soit que le terme ait été stipulé par le contrat, soit qu'il ait été accordé ou prolongé depuis, par convention, concordat ou jugement antérieur à la demande.

786. *La règle posée en l'art. 186 est-elle si absolue que le défendeur ne puisse pas opposer successivement des exceptions dilatoires dont il n'aurait connu la cause qu'après en avoir proposé d'autres ?*

Quelque généraux que soient les termes de cet article, et quoiqu'il n'admette de dispense que dans le cas de l'art. 187, la règle qu'il pose nous semble devoir cesser d'être appliquée dans sa rigueur, lorsqu'une partie n'a connu les exceptions dont elle entendrait se prévaloir que successivement et par suite d'événements indépendants de son propre fait : elle pourra donc les employer l'une après l'autre. Cette opinion, qui est aussi celle de M. Berriat-Saint-Prix, p. 227, not. 42, s'appuie d'ailleurs d'une juste analogie tirée de l'art. 338, relatif aux demandes incidentes.

[[Nous sommes entièrement de l'avis de M. Carré, qui est aussi partagé par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 344.]]

[[**786** bis. *Les juges peuvent-ils joindre au fond l'exception dilatoire et statuer sur le tout par un même jugement ?*

La prohibition de l'art. 172 quant au déclinatoire, que d'ailleurs nous ne croyons pas aussi étendue que l'ont dit certains auteurs (*V.* notre *Quest.* 735), ne se trouve point répétée pour les exceptions dilatoires : en effet, le même motif n'existait point. Le juge ne peut s'occuper du fond qu'autant qu'il est compétent ; si sa compétence est contestée, il faut bien qu'il prononce séparément. Mais semblable contradiction ne se rencontrerait pas dans un jugement qui s'occuperait à la fois de l'exception dilatoire et du fond du droit. Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 344.]]

ART. 187. L'héritier, la veuve et la femme divorcée ou séparée pourront ne proposer leurs exceptions dilatoires qu'après échéance des délais pour faire inventaire et délibérer.

Ordonn., tit. 9, art. 2. — C. civ., art 1441 — C. de pr., art 174. — [[Locré, t. 21, p. 440. — QUESTIONS TRAITÉES : La disposition de l'art 187 s'applique-t-elle indistinctement à tout héritier et à toute femme veuve, divorcée ou séparée? *Q.* 787. — Si l'héritier ou la femme commune ont à faire valoir des exceptions d'une autre nature que les dilatoires, doivent ils les proposer avant l'échéance des délais pour faire inventaire et délibérer? *Q.* 787 *bis.*]]

CXLV. Cet article est une conséquence du droit que l'art. 174 accorde aux héritiers, veuves et femmes séparées de biens, d'opposer l'exception dilatoire de délai pour faire inventaire et délibérer. Il était naturel, puisque cette exception a pour effet de suspendre toutes poursuites jusqu'à l'expiration de ces délais, d'autoriser les parties à ne proposer leurs autres exceptions dilatoires qu'à cette époque, où les poursuites peuvent être utilement reprises contre elles.

787. *La disposition de l'art. 187 s'applique-t-elle indistinctement à tout héritier et à toute femme veuve, divorcée ou séparée ?*

Elle s'applique [[évidemment]] à tous les présomptifs héritiers sans distinction ; mais il n'en est pas de même de toutes les femmes veuves, divorcées (1) ou séparées : celles-ci ne sont fondées à user de la faveur de cette disposition,

(1) *Divorcées.* On sait que le divorce a été aboli.

qui se rattache à celle de l'art. 174, que dans le cas seulement où elles auraient été communes en biens avec leurs maris.

[[789 bis. *Si l'héritier ou la femme commune ont à faire valoir des exceptions d'une autre nature que les dilatoires, doivent-ils les proposer avant l'échéance des délais pour faire inventaire et délibérer ?*

Cette question naît de la rédaction de l'art. qui semble ne s'appliquer qu'aux exceptions dilatoires. Il ne s'ensuit pas néanmoins que les autres exceptions indistinctement doivent être proposées avant l'échéance des délais. Si ces exceptions appartiennent à la succession ou à la communauté, l'assigné n'est obligé de les proposer qu'après avoir accepté; si elles sont dans son intérêt particulier et qu'elles ne procèdent pas de la succession, il les opposera avant d'avoir pris parti. C'est ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 413.]]

§ V. — *De la communication des pièces* (1).

ART. 188. Les parties pourront respectivement demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles, dans les trois jours où lesdites pièces auront été signifiées ou employées.

T 70.—[Notre Comm du Tarif, t. 1, p. 244, n° 59 et 60.— Notre Dict. gén. de pr., v° *Communication des pièces*, n°s 4, 6, 8 à 10, 12 à 20, 27.—Devilleneuve, *eod*, n°s 1 et 2.—Arm. Dalloz, v° *Exceptions*, n°s 336 à 359.—Locré, t. 21, p. 439, n° 197.— QUESTIONS TRAITÉES : Résulte-t-il de l'art. 188 que l'on ne puisse demander communication d'autres pièces que de celles qui ont été signifiées ou employées? *Q.* 788.— De quelle époque court le délai pour demander communication des pièces, lorsque la copie en a été donnée avec l'exploit d'assignation, d'après l'art. 65? *Q.* 789.—Peut-on demander, sur l'appel, communication d'une pièce déjà communiquée en première instance? *Q.* 789 *bis*.—Qu'est-ce qui résulterait du refus de communiquer une pièce, sur le fondement qu'elle serait égarée? *Q.* 790.] (2)

---

(1) Nous avons fait connaître, au titre des instructions par écrit, les règles suivant lesquelles doit avoir lieu la communication des pièces, dans les affaires dont l'instruction par écrit aurait été ordonnée. Il s'agit, dans ce paragraphe, de celles qui concernent cette même communication dans les affaires d'audience ou causes *orales*, c'est-à-dire dans celles qui se jugent sur simple plaidoirie.

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Quand les pièces nécessaires à une partie pour défendre sur l'appel se trouvent arrêtées par des oppositions entre les mains de l'avoué de première instance, la Cour peut ordonner qu'elles seront déposées à son greffe, afin que les parties ou leurs avoués puissent en prendre communication sous récépissé. (Paris, 18 juin 1813, *J. Av.*, t. 5, p. 323.)

2° La demande en communication des pièces n'emporte point consentement à ce que ces pièces restent au procès; elle est toujours censée faite sous la réserve de les faire rejeter s'il y a lieu. (Amiens, 26 juill. 1821, *J. Av.*, t. 7, p. 15.)

3° Il n'est pas nécessaire de communication de pièces pour prononcer sur la question de savoir si l'intervention de diverses parties doit être formée par requêtes séparées. (Rennes, 31 juill. 1811, *J. Av.*, t. 7, p. 10.)

4° Des lettres confidentielles écrites à des tiers ne peuvent devenir pièces d'un procès contre le vœu de ceux qui les ont écrites et contre celui des personnes à qui elles on été adressées ou qui en sont dépositaires (Rennes, 31 juillet 1811. *J. Av.*, t. 7, p. 10.)

5° Les juges ne sont tenus de statuer expressément sur une demande en communication de pièces, qu'autant que cette demande a été formée par des conclusions signifiées ou prises à l'audience et insérées dans leur jugement (Bord., 10 déc. 1827, *J. des Arrêts* de cette Cour, t. 1 de 1827, p. 499.)

6° La communication doit être ordonnée sans spécification des pièces, titres ou papiers articulés dans la demande, afin de ne pas faire préjuger l'existence contestée d'une partie de ces papiers. (Rennes, 11 mars 1812, *J. Av.*, *t.* 7, p. 12.)

7° Quand, sur la déclaration de l'appelé en garantie, le défendeur originaire obtient sa mise hors de cause, sauf à y assister pour

CXLVI. On a vu, art. 77, que le défendeur doit, dans la quinzaine de la constitution d'avoué, signifier ses défenses, avec offre de communiquer les pièces, à l'amiable ou par la voie du greffe; quant au demandeur (art. 65), qu'il doit fournir copie des pièces ou du moins de la partie des pièces sur lesquelles il fonde sa demande; mais il arrive souvent que la partie adverse croit avoir intérêt de prendre en communication les originaux mêmes, soit pour s'assurer de la sincérité des écritures, soit pour vérifier quelques passages qu'elle pourrait supposer tronqués ou mal copiés, il est donc juste que les deux parties puissent respectivement se demander la communication des pièces; mais, comme cette demande suspend la décision du procès jusqu'après l'examen, la loi veut qu'elle soit formée dans un court délai : autrement le juge *pourrait* non pas, à la vérité, déclarer la partie non recevable, attendu l'expiration du délai (*V.* la *Quest.* 789), mais du moins la rejeter suivant les circonstances, et surtout lorsqu'on aurait attendu, pour la faire, que la cause fût en état de recevoir jugement.

788. *Résulte-t-il de l'art.* 188 *que l'on ne puisse demander communication d'autres pièces que de celles qui ont été signifiées ou employées ?*

Nous avons déjà dit, *Question* 716e, que l'on pourrait demander communication de toutes pièces dont le demandeur entendrait se servir, encore bien qu'elles n'eussent été ni *employées*, c'est-à-dire *citées*, ni *signifiées*, c'est-à-dire *fournies par copie*.

On peut également demander communication de toutes pièces qui seraient communes aux parties; par exemple, d'un partage fait entre elles ou leurs auteurs, ou d'autres actes réciproquement obligatoires, dont une des parties aurait égaré le double. (*V.* nouveau *Répertoire*, au mot *Compulsoire*, § 2, t. 2, p. 688.) (1)

Enfin, lorsqu'une des parties maintient qu'il existe, en quelque lieu que ce soit, des pièces dont l'examen est utile à l'instruction du proces, elle est fondée à en demander l'apport; mais il faut remarquer que, dans le cas où elle prend de semblables conclusions, et où l'autre soutient qu'une grande partie de ces pièces est inutile à l'instruction, c'est à la première à désigner *spécifiquement* chacune de celles dont elle maintient que l'apport au greffe est nécessaire pour l'instruction du procès.

Alors elle est autorisée à faire, à cet égard, toutes les perquisitions qu'elle croit convenables, parties présentes ou dûment appelées, et en présence du dépositaire. (*Rennes*, 7 avril 1808, et les questions traitées sur le titre 5 de la seconde partie du Code.) (2) **Supp. alph.**, V° *Communication de pièces*, n. 1 et s.

---

la conservation de ses droits, le demandeur originaire peut lui demander communication de ses pièces par un simple acte d'avoué et sans recourir à une demande principale précédée du préliminaire de conciliation. (Bruxelles, 19 fév. 1831, *J. Av.*, t. 41, p. 396.) —*V. suprà*, notre *Quest.* 776.

8° Une partie ne peut pas refuser communication de ses pièces à l'avoué de sa partie adverse, sous prétexte que celle-ci les connaît extrajudiciairement. (Bruxelles, 13 déc. 1830, *J. des arr.*, de cette Cour, 1831, t. 1, p. 45.)] **Supp. alph.** V° *Communic. de pièces*, n. 18.

(1) Il est si vrai que, dans ces circonstances, la communication ne peut être refusée, que la requête civile serait ouverte en faveur de celui qui aurait été condamné pour défaut de représentation de la pièce, s'il était constant qu'elle eût été cachée ou retenue par l'autre partie. (*V.* art. 480, § 10.)

(2) Hors ces cas et ceux qui sont spécialement déterminés par l'art. 188, on tient au principe du droit romain, *nemo tenetur edere contra se* (*V. Code*, loi 4 *de edendo*, et loi 7 *de testibus*), principe fondé sur ce que celui qui fait une demande doit fournir ses preuves.

Mais on ne doit pas oublier que ce même principe a encore d'autres limites que celles que nous venons d'assigner; qu'il est sujet

789. *De quelle époque court le délai pour demander communication des pièces, lorsque la copie en a été donnée avec l'exploit d'assignation, d'après l'art.* 65 ?

Il nous paraît certain que ce délai ne doit courir qu'à compter de la constitution d'avoué de la part du défendeur. (*V. Comm. des Ann. du notariat*, t. 1, p. 382).

[[Remarquons également que le délai n'est jamais fatal, comme l'ont jugé trois arrêts, l'un de la Cour de cassation, du 14 mai 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 180), l'autre d'Amiens du 25 janv. 1826 (*J. des Arr.* de cette Cour, année 1826, p. 156), et le troisième de Rennes, sous la même date (*J. des Arr.* de Rennes, t. 7, p. 33.)]]

[[**789** bis. *Peut-on demander, sur l'appel, communication d'une pièce déjà communiquée en première instance ?*

M. BONCENNE, t. 3, p. 432, s'étonne qu'on ait pu poser cette question, tant l'affirmative lui paraît évidente. M. Carré, à la note *Jurisprudence*, citait un arrêt de Rouen qui l'a adoptée. Nous en avons rapporté (*J. Av.*, t. 7, p. 8), un autre de la même Cour, du 24 déc. 1807, rendu dans le même sens. Mais, quant aux frais de la demande, le premier de ces arrêts les met à la charge du requérant, le second les réserve pour être mis plus tard à la charge de la partie succombante. C'est qu'en effet tout encore ici dépend des circonstances de la cause, les juges doivent apprécier si la communication est utile, et partant si les frais sont ou non frustratoires. Telle est aussi l'opinion de MM. PIGEAU, *Procédure*,

---

donné aux devoirs que la délicatesse et la probité prescrivent aux parties, et surtout à leurs défenseurs, qui ne doivent soutenir que des causes qu'ils croient justes dans leur âme et conscience. (*V.* décret du 14 déc. 1810, art. 14.)

Que l'on puisse se dispenser de produire une pièce dans la vue d'écarter des procédures injustes, des exceptions trop rigoureuses, en un mot, de prévenir des chicanes, cela peut être permis sans doute, *non videbitur dolo fecisse qui fraudem expulserit ;* mais c'est là que doit se borner, dans le for intérieur, l'application de ce principe que l'on n'est pas tenu de produire contre soi : en étendre l'application jusqu'à refuser la communication d'une pièce essentielle à la vérité, c'est, de la part des parties, commettre une injustice ; le conseiller, c'est, de la part de leurs défenseurs, se rendre complices de cette mauvaise foi, et violer leur serment. [M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 467, partage l'opinion de M. Carré. Nous ajouterons que, de là qu'on admet avec ces deux jurisconsultes, qu'une partie qui désigne *telles pièces* peut forcer son adversaire à les produire, la maxime *nemo tenetur*, etc., n'a plus aucune force, puisque l'on peut forcer une partie *edere contrà se* précisément une pièce qu'elle a seule entre les mains et dont elle n'a nullement parlé. La note de M. Carré ne nous paraît donc pas parfaitement conséquente avec le principe posé par lui sous la question elle-même. Du reste, nous admettons à cet égard le pouvoir le plus large dans la personne du juge, c'est aussi ce qui a été jugé le 15 juin 1822, par la Cour de Bruxelles (*J. des Arr.* de cette Cour, t. 2, de 1822, p. 95) : à la vérité, il s'agissait, dans l'espèce, d'un défendeur, dont toute défense doit être accueillie plus favorablement. Que la demande en communication vienne du défendeur ou du demandeur, nous n'en accordons pas moins aux magistrats le droit d'ordonner une communication qui doit servir à éclairer leur conscience.

Le 1er juin 1832, la Cour de Poitiers a déclaré qu'un défendeur ne pouvait demander communication des pièces de son adversaire, si celui-ci n'avait invoqué à l'appui de sa demande qu'une convention verbale, (*J. av.*, t. 42, p. 359). Cette décision, en droit, aurait échappé à la censure de la Cour de cassation, puisque, comme nous l'avons déjà dit, tout rentre dans l'appréciation souveraine du juge; mais, en fait, il peut certainement être utile, dans l'intérêt de la vérité, d'ordonner une communication, quoique le demandeur ne s'appuie que sur une prétendue convention verbale dont lui seul a les conditions par écrit.]

t. 1er, p. 192; BERRIAT SAINT-PRIX, t. 1er, p. 234, n. 75; et FAVARD DE LANGLADE, t. 1er, p. 467.

En appel, la communication peut être nécessitée par la force des choses. S'il s'agit de plaider sur l'état matériel d'une pièce, il est nécessaire qu'elle soit examinée par l'avocat près la Cour, et alors, la communication étant indispensable, les dépens nous paraissent devoir être joints au fond. Mais, si la pièce dont on demande communication pour la seconde fois *en appel* a déjà été communiquée en première instance, et que l'avoué ait pu en prendre une copie suffisante, les dépens doivent alors être supportés par le demandeur en communication.]] **Supp. alph.**, V° *Communication de pièces*, n. 8 et s.

700. *Qu'est-ce qui résulterait du refus de communiquer une pièce, sur le fondement qu'elle serait égarée ?*

Les juges auraient à mettre à la charge de la partie qui refuserait la communication la preuve de la perte de cette pièce, et, après cette preuve, comme dans le cas où elle ne serait pas faite, ils prononceraient, d'après les circonstances, sur l'influence que pourrait avoir dans la cause le défaut de communication (1).

[[Tout, en ce cas, est abandonné à l'appréciation souveraine des juges.]] **Supp. alph.**, V° *Communication de pièces*, n. 13 et s.

---

(1) Cette question s'est présentée devant la Cour de Rennes, dans une espèce où les premiers juges avaient prononcé sur le vu de la pièce que l'on prétendait, en appel, avoir été égarée depuis le jugement. Il est bon de rappeler succinctement les faits de cette affaire, pour que la décision qui intervint puisse être de quelque utilité dans les cas semblables ou analogues.

La demoiselle Amiot était appelante d'un jugement rendu par le tribunal civil de Morlaix, le 9 mai 1815, qui avait annulé une obligation sous seing privé d'une rente viagère de 200 fr., souscrite à son profit par le sieur Lemierre.

Sous l'appel, l'intimé avait demandé la communication du billet; il lui fut répondu par l'appelante qu'il se trouvait égaré, et qu'on était dans l'impossibilité de le représenter. Lemierre conclut à ce que, faute de communication du billet, dont la perte n'était qu'alléguée et non prouvée, l'appelante fût déboutée de son appel et le jugement confirmé.... Ses motifs étaient qu'il n'était pas probable que la pièce fût adirée : que c'était la seule qui manquât au sac de l'adversaire; que, sans doute, la raison qu'on donnait pour éviter la communication avait été ménagée, dans la crainte que l'examen de la pièce sous l'appel ne fît découvrir quelque irrégularité, ou quelque trace de la violence qu'on avait exercée contre l'intimé au moment de la souscription du billet; qu'il était possible, par exemple, que le billet ne portât que la signature Lemierre, sans qu'on eût pensé à y apposer la somme en toutes lettres; que dispenser l'appelante de la communication au moyen d'une allégation non justifiée, et d'ailleurs invraisemblable, c'était nuire à la défense de l'intimé; que la communication qui avait eu lieu en première instance n'était pas un motif pour s'y refuser sous l'appel; qu'une pièce communiquée devient commune aux deux parties, et qu'on a le droit d'en exiger la représentation *en tout état de cause;* qu'il y avait d'autant plus lieu à ne point s'arrêter à la réponse ou au refus de l'appelante, qu'elle était demanderesse, et que le fondement de sa demande consistait dans le billet qu'elle disait égaré; que c'était là son titre qu'elle devait produire à l'appui de ses conclusions.

On répondait, pour l'appelante, que l'existence du billet était certaine; que la procédure et le jugement prouvaient qu'il avait été communiqué à Lemierre en première instance; que son avoué et son conseil judiciaire (car on lui en avait nommé un quelque temps avant le procès, et ce conseil était en cause), n'auraient pas manqué de remarquer une nullité aussi facile à découvrir que celle résultant de l'absence de *l'approuvé d'un bon,* si une pareille nullité ou tout autre avait existé; que la preuve qu'ils n'avaient vu aucun vice de forme dans l'obligation, et qu'elle était régulière, se tirait des moyens qu'on avait cru devoir employer pour la faire déclarer nulle; qu'en effet, on s'était borné à alléguer que le billet était *sans cause*, ou que la cause était *illicite;* qu'il avait été arraché à la faiblesse de Lemierre par le dol et même la violence; que

ART. 189. La communication sera faite entre avoués, sur récépissé, ou par dépôt au greffe : les pièces ne pourront être déplacées, si ce n'est qu'il y en ait minute, ou que la partie y consente.

Tarif, 91, et *suprà*, 97.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 244 et suiv., n°s 61 à 72.—Notre Dict. gén. de proc., v° *Communication de pièces*, n°s 1 à 3, 22 à 25, 34 à 37.—Arm. Dalloz, v° *Exceptions*, n°s 360 à 368.— QUESTIONS TRAITÉES : Est-ce à l'avoué qui fait la communication qu'appartient le choix entre les deux modes de communication? *Q.* 790 *bis.*—Une pièce communiquée devient-elle commune aux deux parties? *Q.* 791.—L'art. 189 s'applique-t-il à tous les cas où il y a lieu à dépôt de pièces au greffe, notamment dans l'espèce de l'art. 97? *Q.* 792.] (1)

CXLVII. Suivant cet article, la demande en communication doit en général être formée par simple acte ou sommation d'avoué à avoué ; mais, s'il arrivait qu'une pièce décisive fût employée pour la première fois à l'audience dans la plaidoirie, ce serait de suite et verbalement que l'on aurait à former cette demande, et le tribunal, en y faisant droit, ordonnerait la remise de la cause.

Au reste, toute communication est faite avec ou sans déplacement, à l'amiable, ou par la voie du greffe.

Elle est faite *sans déplacement*, lorsque l'avoué qui la reçoit n'a pas obtenu la faculté d'emporter les pièces, mais seulement celle de les examiner entre les mains du greffier, et sous les yeux de l'avoué qui communique; ce qui a lieu lorsqu'il s'agit de pièces dont il n'existe pas de minute.

Elle est faite *avec déplacement*, lorsqu'au contraire celui auquel les pièces sont communiquées les emporte.

Si elle a lieu à l'amiable, c'est-à-dire d'avoué à avoué, sans intermédiaire, l'avoué qui fournit la communication dresse un bordereau ou état double des pièces qu'il doit remettre ; celui qui les reçoit appose son récépissé au bas de l'un de ces doubles, et s'oblige de les rendre dans un délai convenu.

Si elle a lieu par la voie du greffe, l'avoué fait également un inventaire des pièces qu'il y dépose, avec la mention qu'il consent ou qu'il s'oppose au déplacement; le greffier dresse de ce dépôt un procès-verbal constatant qu'il l'a reçu, et qui est signifié à l'avoué demandeur en communication.

[[**790** bis. *Est-ce à l'avoué qui fait la communication qu'appartient le choix entre les deux modes de communication ?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 193, se prononce pour l'affirmative, en se fondant sur ce que le débiteur sous une alternative a le droit d'option. Nous adoptons cette solution par ce motif surtout que l'avoué qui communique, étant responsable des pièces vis-à-vis de sa partie, ne peut être forcé à laisser prendre la communication d'une manière qui peut être préjudiciable aux intérêts de son client.

Quant aux questions de taxe que cette matière peut faire naître, *V.* notre

---

d'après toutes ces considérations, la non-représentation du billet sous l'appel devenait assez indifférente, et qu'on ne pouvait pas s'en prévaloir pour rejeter la demande de l'appelante, et refuser de faire droit sur les griefs au fond. Le ministère public adopta la défense de la demoiselle Amiot, et l'exception fut rejetée par arrêt de la Cour de Rennes, du 24 août 1816; mais, au fond, le jugement fut réformé.

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Dans une instance en faillite, la communication des livres, registres et papiers, demandée par un des créanciers, doit avoir lieu au greffe du tribunal de commerce, et non chez un des syndics. (Rennes, 4 oct. 1811, *J. Av.* t. 7, p. 10.)]

Commentaire du Tarif, t. 1er, p. 245 et suiv. Un arrêt de la Cour de cassation, du 25 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 107), a jugé que l'avoué n'a droit à la vacation pour communication de pièces qu'autant qu'il justifie que cette vacation a eu lieu.]]

791. *Une pièce communiquée devient-elle commune aux deux parties?*

Les motifs de la solution affirmative donnée sur la 470e *Quest.*, relativement aux pièces produites dans une instruction par écrit, s'appliquent évidemment à celle-ci; mais nous ajouterons que l'art. 409 du Code pénal prononce une amende de 25 à 300 fr., que le tribunal saisi de la contestation doit appliquer à toute personne qui, après avoir produit dans un procès quelque titre, pièce ou mémoire, l'aurait soustrait d'une manière quelconque (1).

[[Nous approuvons cette doctrine qui a été confirmée par un arrêt de la Cour de Besançon, du 5 juin 1826. (*Journ. des arrêts* de cette Cour, année 1826 p. 60.)]] **Supp.**, p. 234.

792. *L'art.* 189 *s'applique-t-il à tous les cas où il y a lieu à dépôt de pièces au greffe, notamment dans l'espèce de l'art.* 97 ?

Oui, car la disposition de cet article est générale, et régit toutes les espèces que le Code embrasse. Or, il n'y a rien, par exemple, dans l'art. 97, qui puisse faire supposer l'intention de déroger à cette disposition. (LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure*, t. 1, p. 257 et 258.)

[[L'opinion de M. Carré n'est pas contestable. Voy. art. 97, note 2.]]

ART. 190. Le délai de la communication sera fixé, ou par le récépissé de l'avoué, ou par le jugement qui l'aura ordonnée : s'il n'était pas fixé, il sera de trois jours.

[Notre Dict. gén. de proc., v° *Communic. de pièces*, n° 30.—Arm. Dalloz, v° *Exceptions*, n° 369.—QUESTION TRAITÉE : Peut-on obtenir la prorogation, soit du délai convenu, soit de celui qui serait fixé par le jugement ou par la loi? *Q.* 793.]

CXLVIII. Lorsque la communication est offerte *sans déplacement* ou par la voie du greffe, elle doit être prise dans le délai fixé par le juge, ou, si ce délai n'a pas été réglé, dans *les trois jours* à partir de la déclaration du dépôt au greffe, ou de la sommation de venir prendre communication sans déplacer; ce délai passé, l'avoué qui a déposé les pièces au greffe peut les retirer et poursuivre l'audience.

Quant au laps de temps après lequel on peut retirer les pièces communiquées *avec déplacement*, l'art. 190 veut qu'il soit fixé par le récépissé de l'avoué qui a reçu la communication, ou par le jugement qui l'a ordonné, sinon la loi le borne également à trois jours.

793. *Peut-on obtenir la prorogation, soit du délai convenu, soit de celui qui serait fixé par le jugement ou par la loi?*

Nous ne trouvons dans le Code aucune disposition qui interdise aux juges

---

(1) A l'appui de cette proposition, nous citerons un arrêt de la Cour de Paris, du 14 thermidor an 10 (*S.*, 1807, 2e part., p. 1104, et *J. av.* t. 7, p. 7), lequel décide que, lorsqu'une pièce a été communiquée à des arbitres, elle devient alors commune à toutes les parties, et qu'ainsi elle ne peut être retirée à volonté par celui qui l'a produite, mais qu'elle doit rester au procès pour y être invoquée à charge ou à décharge.

d'accorder, en connaissance de cause, soit un délai plus long, lorsque l'avoué prévoit *tout d'abord* que le délai de trois jours ne sera pas suffisant, soit ensuite une prorogation de ce délai, par exemple, si l'avoué prouvait qu'il est nécessaire que les pièces soient examinées par son client, qui peut être domicilié à une distance éloignée, ou que l'avocat fût légitimement empêché de les examiner lui-même, etc. Ordinairement, l'avoué adverse a égard à ces circonstances, et la prorogation s'accorde à l'amiable: ce n'est donc que dans le cas de refus que l'avoué qui a reçu communication doit s'adresser au juge pour obtenir une prorogation, et prévenir ainsi l'application de l'art. 191. (*Comm des Ann. du not.*, t. 1, p. 385.)

[[Cette solution, adoptée avec raison par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 347, est confirmée par un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 15 juin 1833, (*J. Av.*, t. 45, p. 625).]]

ART. 191. Si, après l'expiration du délai, l'avoué n'a pas rétabli les pièces, il sera, sur simple requête, et même sur simple mémoire de la partie, rendu ordonnance portant qu'il sera contraint à ladite remise, incontinent et par corps; même à payer trois francs de dommages-intérêts à l'autre partie par chaque jour de retard, du jour de la signification de ladite ordonnance, outre les frais desdites requête et ordonnance, qu'il ne pourra répéter contre son constituant.

Tarif, 70 et 76.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 248 et suiv., n°s 73 à 77.] Cod. de proc., art 107, et la note sur l'art. 192 —[Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Communic. de pièces*, n°s 28 et 32.—Arm. Dalloz, v° *Exceptions*, n°s 370 à 372.—Locré, t. 21, p. 440, n° 98.—QUESTIONS TRAITÉES : Doit-on, indépendamment de la signification de l'ordonnance par acte d'avoué (art. 70 du Tarif), la signifier une seconde fois par exploit pour faire courir le délai et exercer la contrainte par corps et les autres contraintes? *Q.* 793 *bis.*—Est-ce au tribunal entier ou au président seul qu'il faut adresser requête ou mémoire, afin d'obtenir l'ordonnance de contrainte à fin de remise de pièces? *Q.* 794.—La contrainte doit-elle être prononcée contre l'avoué retardataire, même dans le cas où l'intérêt de la partie n'excèderait pas la valeur de trois cents francs? *Q.* 794 *bis.*]

CXLIX. A l'expiration du délai fixé, l'avoué à qui les pièces ont été confiées doit les rétablir par la même voie qu'il les a reçues, c'est-à-dire qu'il doit les remettre à son confrère, si la communication s'est faite à l'amiable, et au greffier, si elle a eu lieu par la voie du greffe. En rétablissant ainsi les pièces, il doit avoir la précaution de faire rayer sa signature au bas du récépissé qu'il a donné, et cette radiation suffit pour sa décharge.

Si, à l'expiration du délai, l'avoué détenteur des pièces communiquées est en retard de les rétablir, la loi permet à la partie (1) de se pourvoir contre lui par *simple requête*, c'est-à-dire par un acte adressé au président, et contenant une simple exposition du fait. Sur le vu de cette requête, à laquelle on doit joindre le jugement ou le récépissé qui constate le retard, le président rend une ordonnance portant les condamnations prononcées par l'art. 191. **Supp.**, p. 234.

[[**793** bis. *Doit-on, indépendamment de la signification de l'ordonnance par acte d'avoué (art. 70 du Tarif), la signifier une seconde fois par exploit pour faire courir le retard et exercer la contrainte par corps et les autres contraintes?*

M. PIGEAU, *Commentaire*, t. 1, p. 416, résout cette question pour l'affirmative, nous adoptons cette solution et les motifs sur lesquels il s'appuie.

---

(1) *A la partie*, attendu que les relations journalières qu'ont entre eux les avoués d'un même tribunal tendent naturellement à les unir par des égards et des procédés réciproques, et qu'il serait à craindre qu'un avoué craignît de manquer aux convenances, en provoquant personnellement contre un confrère une condamnation rigoureuse.

« Il semble, dit ce savant professeur, que la première signification suffit, « puisqu'elle avertit l'avoué de la contrainte par corps, et que la loi n'exige « nulle part qu'un condamné par corps soit averti deux fois : en effet, l'art. 780 « veut une seule signification avec commandement, un jour avant l'emprisonnement; mais comme il a été dans l'intention du législateur que la signification prescrite par cet article fût faite par exploit, que le Tarif, art. 51, taxe « un exploit pour toute signification de jugement qui prononce la contrainte, sans distinguer le cas où elle est prononcée contre un avoué d'avec « d'autres cas; et que l'art. 794 dit qu'à défaut d'observation des formalités « ci-dessus (au nombre desquelles est celle de l'art. 780), le débiteur pourra « demander la nullité, il faut décider que la signification doit être faite par exploit, quoiqu'elle l'ait été par acte d'avoué. »]]

794. *Est-ce au tribunal entier ou au président seul qu'il faut adresser requête ou mémoire, afin d'obtenir l'ordonnance de contrainte à fin de remise des pièces?*

De tous les auteurs qui ont écrit sur le Code de procédure, M. PIGEAU, t. 1, p. 170, et les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 47, sont les seuls qui décident que c est au tribunal qu'il appartient de rendre l'ordonnance dont il s'agit. Les motifs sur lesquels ils appuient leur opinion, c'est que, toutes les fois que le Code a voulu que la requête fût présentée au président, il l'a dit, tandis qu'il garde le silence dans l'espèce de l'art. 191; que, d'ailleurs, l'ordonnance porte condamnation à des dommages-intérêts et à la contrainte par corps. Or, dit M. Pigeau, le président ne doit prononcer de condamnations seul que dans le cas où la loi lui délègue spécialement ce pouvoir.

M. Lepage répond, dans ses *Questions*, p. 170, que jamais le Code ne confond le mot *ordonnance* et le mot *jugement;* que l'une est la décision prononcée par le président, l'autre celle rendue par le tribunal. Il ajoute, après d'autres raisons tirées de la différence des espèces des art. 91 et 107, que l'art. 107 prononce que le jugement rendu conformément à ses dispositions est sans appel, tandis que l'ordonnance dont il s'agit est sujette à opposition: d'où suit, dit-il, que l'ordonnance ne peut être rendue par le tribunal, puisqu'on a recours à lui pour la faire réformer.

C'est cette opinion, adoptée par tous les auteurs, que l'on suit dans l'usage, et que nous adoptons, par le motif surtout que, si le législateur avait entendu que le tribunal prononçât la contrainte, il n'eût pas prescrit une requête, mais un simple avenir, comme il l'a fait en l'art. 107.

Au reste, nous croyons que l'usage est contraire à l'opinion de M. Pigeau, il en était ainsi sous l'empire de l'ordonnance.

[[Malgré le nombre imposant d'autorités favorables à l'opinion de M. Carré, MM DEMIAU-CROUZILHAC, p. 154; HAUTEFEUILLE, p. 128; DELAPORTE, t. 1er, p. 194; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 468; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 218, nous avions, après mûre réflexion, adopté celle de M. PIGEAU dans notre *Journal des Avoués*, t. 7, p. 17. Nous avons été heureux de voir le savant professeur M. BONCENNE, la défendre, dans son t. 3, p. 436, et protéger notre système de sa puissante dialectique.

L'argument qu'on tire de ce mot *ordonnance* qui, dit-on, désigne toujours les décisions du président, n'est d'aucun poids, puisque les art. 325 et 329 nous offrent l'exemple d'une décision émanée du tribunal et prenant le nom tantôt de jugement et tantôt d'ordonnance. D'autre part l'inconvenance qu'il y aurait à laisser comparaître une partie devant le tribunal entier sans assistance d'avoué ne paraît pas avoir beaucoup touché le législateur, puisque, dans le cas de l'art. 107, c'est précisément cette marche qu'il a indiquée.

Au contraire la raison donnée par M Pigeau, et qui consiste à dire que le

pouvoir du président ne saurait s'étendre, sans délégation spéciale et formelle, jusqu'à prononcer une mesure aussi rigoureuse que la contrainte par corps, nous paraît fondée sur les vrais principes. D'ailleurs les procès-verbaux du conseil d'État nous apprennent que le projet de l'art. 191 était d'abord ainsi conçu : « Il sera, sur requête *présentée au président*, rendu ordonnance, etc.; » mais que, sur l'observation de plusieurs Cours, ces mots *présentée au président*, furent supprimés, de peur qu'ils ne fussent entendus dans le sens d'une attribution particulièrement faite au président. Effacer ce qui semblait offrir le caractère d'une délégation spéciale, c'était bien reconnaître que la matière restait comprise dans les attributions générales des tribunaux.]] **Supp. alph.**, V° *Communication de pièces*, n. 28.

[[**794** bis. *La contrainte doit-elle être prononcée contre l'avoué retardataire, même dans le cas où l'intérêt de la partie n'excèderait pas la valeur de trois cents francs ?*

Oui : le Code civil, après avoir déterminé (art. 2060) les cas où la contrainte par corps a lieu, et y avoir compris (n° 7) les avoués pour la restitution des titres à eux confiés, dispose, par l'art. 2065, qu'elle ne peut être prononcée pour une somme moindre de trois cents francs ; mais il est bien évident qu'il s'agit, dans l'esprit de cet article, d'une dette liquide ou facile à liquider, et nullement de l'intérêt qu'on peut avoir à obtenir la réalisation d'un fait, intérêt bien difficile et le plus souvent impossible à apprécier en argent. L'entendre autrement, ce serait vouloir donner lieu à des chicanes et des lenteurs, ce serait vouloir éluder la disposition de notre article dont le but principal est la célérité. Cette opinion est, au reste, enseignée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 348 ; BONCENNE, t. 3, p. 444, et confirmée par arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1819. (*S.* 19.1.379, et *J. Av.*, t. 8, p. 674.) La nouvelle loi du 17 avril 1832 n'offre aucune raison de décider ; en matière civile, elle s'en réfère aux lois qui prononcent la contrainte par corps (art. 7).]]

ART. 192. En cas d'opposition, l'incident sera réglé sommairement : si l'avoué succombe, il sera condamné personnellement aux dépens de l'incident, même en tels autres dommages-intérêts et peines qu'il appartiendra, suivant la nature des circonstances.

Tarif, 75.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 250, n°s 78 à 84.] *Cod. de proc.*, art. 405 et 407.—[Arm. Dalloz, v° *Exceptions*, n°s 373 et 374.—QUESTION TRAITÉE : Quelles sont, outre la contrainte et les dommages-intérêts, les peines que le tribunal peut prononcer? *Q.* 795.]

CL. Les condamnations dont il s'agit dans l'article précédent étant prononcées à la requête de la partie, le sont conséquemment hors la présence de l'avoué qui en est l'objet ; car nulle signification, nulle intervention préalable ne sont prescrites (1). Il suit de là que ces condamnations ne doivent pas avoir plus de

---

(1) On n'est pas en effet obligé de signifier la requête à l'avoué, puisque l'article se sert de ces mots *simple requête*, et qu'il ajoute, d'ailleurs, que la remise des pièces peut être ordonnée sur *simple mémoire* de la partie ; or, ce mémoire n'est pas signifié. A la vérité, comme le remarque M. Pigeau, (art. 70 du tarif parle de signification ; mais il dit *signification de la requête et de l'ordonnance ;* ce qui annonce qu'on a voulu qu'elles fussent signifiées ensemble, et non l'une avant l'autre.

Ainsi le tarif prescrit, pour ce cas, une marche que nous avons conseillé de suivre toutes les fois qu'il intervient une décision sur simple requête, en faveur d'une partie qui n'a pas appelé son adversaire. (*V. Quest.* 395, *in fine.*)

C'est parce que la requête n'a pas besoin d'être signifiée avant l'ordonnance, que l'on

privilége qu'une condamnation par défaut, et c'est pourquoi l'art. 191 permet de les attaquer par la voie de l'opposition, qui, comme tout autre, doit être signifiée en forme de requête (1), et contenir les moyens, et est portée, sur un simple avenir, *devant le tribunal*, qui la juge sommairement, et prononce comme il est dit en l'article précédent.

795. *Quelles sont, outre la contrainte et les dommages-intérêts, les peines que le tribunal peut prononcer ?*

C'est, par exemple, la suspension ou l'interdiction de l'avoué.

[[Il n'est pas à notre connaissance qu'un officier ministériel se soit exposé à une condamnation aussi grave, qui, du reste serait de nature en certains cas à entraîner la peine de destitution.]]

DEUXIÈME SUBDIVISION.

De la procédure incidente relative aux preuves (2).

La demande, les exceptions, les défenses proprement dites, en un mot toutes les prétentions, tous les moyens des parties se vérifient, soit par les divers genres de preuve que le Code civil autorise, soit par celles qui résultent de certaines voies d'instruction particulièrement prescrites par le Code de procédure civile, qui, en outre, détermine la forme suivant laquelle quelques-unes de ces preuves doivent être ou fournies ou constatées.

Ainsi, le Code civil autorise, 1° *la preuve littérale*, qui se fait par la production des titres qui la constituent; mais, comme ces titres peuvent n'être pas certains ou n'être pas vrais, le Code de procédure offre, dans les tit. 10 et 11, les moyens de les vérifier.

2° *La preuve orale*, qui résulte du témoignage des hommes ; elle est fournie par les enquêtes dont le Code de procédure établit les règles et les formes au tit. 7 de la première partie, et au tit. 12 de la seconde.

3° *Les présomptions*, qui sont des conséquences que la loi tire elle-même ou autorise le magistrat à tirer d'un fait connu à un fait inconnu.

4° *L'aveu de la partie*, c'est-à-dire sa déclaration judiciaire ou extrajudiciaire sur la vérité d'un fait positif ou négatif. Le but de l'interrogatoire sur faits et articles, autorisé par le tit. 15, est de l'obtenir en justice d'une partie contre laquelle on n'a point d'autres preuves à opposer.

5° Enfin, *le serment* ou l'affirmation de la vérité d'un fait également positif ou négatif, donné en justice, sous peine d'encourir la vengeance divine, en cas d'imposture. Les règles que le Code de procédure renferme à cet égard se trouvent dans les art. 55, 120 et 121.

Le Code de procédure ajoute : 1° *La comparution des parties* en personne, afin d'obtenir d'elles-mêmes des éclaircissements qui souvent peuvent fournir

---

ne doit trouver aucune contradiction entre l'art. 192, qui permet de former une opposition à cette ordonnance, que nous avons dit devoir être rendue par le président, et l'art. 809, qui décide que les décisions de ce même magistrat ne sont pas sujettes à ce genre de pourvoi. En effet, le défendeur ayant été nécessairement appelé dans ce dernier cas, tandis qu'il ne l'a pas été dans le premier, la disposition ne pouvait être la même. (*V. Quest.* de LEPAGE, p. 171.) [*V.* notre opinion sur la *question* 794, et notre *Comm. du Tarif*, t. 1er, p. 249 et 259, nos 76 et 84.]

(1) Cette requête ne peut excéder deux rôles, et celui qui a obtenu l'ordonnance peut y répondre de la même manière.

(2) Code civil, liv. 3, chap. 6, art. 1315, 1369; Code de commerce, art. 11, 39, 40, 129, 195, 311, 547, 550; Code de procédure, 1re part., liv., 1, tit. 7 et 8, et liv. 2. tit. 10 et 15.

une preuve ou corroborer celle qui serait déjà acquise. (*V. suprà* art. 119, et nos *Quest.* sur l'art. 428.)

2° *Les visites des lieux et l'expertise.* (*V.* les tit. 8 du liv. 1, et 13 et 14 du liv. 2.)

3° *L'interrogatoire sur faits et articles.* (*Infrà*, tit. 15.)

Constater la vérité ou la fausseté, soit des actes produits, soit des faits allégués dans une instance, tel est en définitive l'objet de toutes les dispositions du Code de procédure sur ces divers genres de preuves.

De là une distinction entre la procédure incidente à fin de reconnaissance de la vérité ou de la fausseté des actes, et celle à fin de reconnaissance de la vérité ou de la fausseté des faits.

DISTINCTION PREMIÈRE.

De la procédure en reconnaissance de la vérité ou de la fausseté des actes.

S'il arrive que l'écriture d'une pièce ne soit pas reconnue par la partie à laquelle on l'oppose, que cette partie la dénie, ou qu'elle maintienne que la pièce est fausse ou falsifiée, le juge doit se procurer la certitude que l'écriture est ou n'est pas du fait de celui auquel on l'attribue, ou que la pièce est fausse ou véritable.

A cet effet, le Code prescrit les deux voies de l'instruction en *vérification d'écriture*, et de l'instruction sur *inscription de faux*.

La vérification d'écritures est l'examen que l'on fait en justice d'un acte sous seing privé, afin de reconnaître par quelle main il a été écrit ou signé.

L'inscription de faux est une déclaration judiciaire par laquelle une partie maintient qu'une pièce est fausse ou falsifiée, soit dans son contenu, soit dans la signature qui la complète : déclaration sur laquelle intervient une instruction en vérification de ce maintien.

On ne peut vérifier un acte authentique qu'en s'inscrivant en faux, puisqu'il fait foi jusque-là, conformément aux art. 1319 du Code civil, et 19 de la loi du 25 vent. an 11, sur l'organisation du notariat. Mais l'inscription de faux peut avoir lieu contre un acte sous seing privé, parce que l'art. 214 du Code de procédure l'admet indistinctement *contre toute pièce*.

TITRE X.

De la Vérification des écritures (1).

La vérification d'écriture n'est ordonnée que dans le cas où la partie à laquelle un acte est opposé refuse de reconnaître qu'il est de son écriture, soit en totalité soit en partie, qu'il est signé par elle, ou enfin qu'il soit du fait d'un tiers auquel on l'attribue.

Ainsi, une demande en reconnaissance d'écriture précède nécessairement, soit d'une manière expresse ou seulement implicite, toute procédure en vérification.

Nous disons *d'une manière expresse*, lorsqu'une partie, pour attribuer à un acte sous seing privé les effets que la loi lui attache, lorsqu'il est reconnu en

(1) *V.* ordonnance de 1737, sur la reconnaissance des écritures et signatures privées en matière criminelle ; édit de 1684; ordonnance de 1667, tit. 12, *des compulsoires*, art. 5—9, et le Code de procédure, art. 14 et 427.

justice (*V.* C. civ., art. 1322, 1323, 1324 et 2123, et la loi du 3 sept. 1807), assigne en reconnaissance la partie que cet acte oblige.

Tel est l'objet de la procédure, aussi simple que rapide, que prescrivent les art. 193 et 194, en réglant le mode et le délai de l'assignation, en mettant les frais à la charge du demandeur, si la pièce n'est pas déniée, et en déterminant les effets du défaut de comparution et ceux de la reconnaissance par le défendeur.

Nous disons *d'une manière implicite*. Si, en effet, l'acte sous seing privé est produit dans le cours d'une instance, cette production équivaut par elle-même à une demande incidente en reconnaissance, puisqu'elle impose à celui contre lequel elle est faite les mêmes obligations, et opère les mêmes résultats qu'une demande expresse, formée par action principale, et, comme elle, conduit à la vérification, s'il y a refus de reconnaître ou désaveu formel.

La procédure en vérification s'instruit sous la direction d'un juge-commissaire, à la requête du porteur de la pièce, qui devient demandeur dans cet incident.

Elle se fait tant par titres que par comparaison d'écriture, et par témoins, trois genres de preuves dont aucun n'exclut les autres, mais dont chacun aussi peut suffire si les autres manquent.

Ses résultats sont de faire rejeter la pièce du procès, si le juge reconnaît qu'elle n'émane pas de celui auquel on l'attribue, et, dans le cas contraire, de la faire déclarer pour reconnue, et de la maintenir pour faire preuve au procès, ainsi que de droit.

ART. 193. Lorsqu'il s'agira de reconnaissance et vérification d'écritures privées, le demandeur pourra, sans permission du juge, faire assigner à trois jours, pour avoir acte de la reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu.

Si le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, seront à la charge du demandeur.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 251, nos 1 à 3.]—Ord. de 1737, tit. 11, art. 3, et tit. 12, art. 5.—Loi du 3 sept. 1807. Cod. de proc., art. 14, 49, nos 5, 7 et 9, 130, 194, 1033.—[Notre Dictionn. gén. de proc., vo *Vérification d'écritures*, nos 1 à 12, 19, 20, 33, 109, 111 et 112.—Devilleneuve, vis *Vérification d'écritures*, nos 1, 29, 30, 32.- *Testament olographe*, nos 44 à 57.—Arm. Dalloz, vo *Vérifie. d'écritures*, nos 1 et 123.—Locré, t. 21, p. 443 et 453.—QUESTIONS TRAITÉES : Le demandeur en reconnaissance peut-il assigner, avec permission du juge, à un délai plus bref que trois jours? *Q.* 795 *bis*.—L'art. 193 s'applique-t-il tant à l'écriture de l'acte qu'à la signature ou aux approbations qui tiendraient lieu de l'écriture? La demande peut-elle être formée incidemment par acte d'avoué à avoué? *Q.* 796.—Est-il certains actes privés dont la reconnaissance ne soit pas exigée? *Q.* 797.—Peut-on, en vertu d'un jugement en reconnaissance ou vérification, prendre inscription avant l'exigibilité de la dette? *Q.* 798.—La vérification d'un testament olographe est-elle mise à la charge de l'héritier légitime ou à la charge du légataire? *Q.* 799.—Les frais de la demande en reconnaissance et ceux de la vérification ne sont-ils à la charge du demandeur qu'autant que le défendeur a dénié son écriture ou sa signature? *En d'autres termes* : Quand le défendeur, héritier ou ayant cause, déclare ne pas reconnaître l'écriture ou la signature de son auteur, les frais d'enregistrement et de vérification demeurent-ils à la charge du demandeur? *Q.* 800.—Une des parties intéressées à faire reconnaître l'écriture par voie de vérification, n'ayant pas les moyens de faire les avances de sa quote, déclare laisser défaut sur cet incident, attendu qu'elle ne peut faire d'avances; mais elle ajoute qu'elle remboursera les frais avancés par ses cointéressés, si la signature et l'écriture sont reconnues. Pourra-t-on dire qu'elle ne saurait profiter du jugement qui aura déclaré la pièce vraie? *Q.* 800 *bis*.] (1)

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La qualité de légataire donnée à celui qui prétend l'être, par l'héritier du sang, ne rend pas celui-ci non recevable à contester plus tard la sincérité du testament, et à provoquer la vérification de l'écriture. (Turin, 18 août 1810, *J. Av.*, t. 22, p. 425.)

2° Le créancier d'une succession peut as-

CLI. Aucune écriture privée ne fait foi par elle-même, ni de ce qu'elle contient, ni de la main qui en a tracé les caractères, si elle n'est pas *reconnue*, ou si elle n'est pas aidée et soutenue par d'autres preuves; en un mot, si elle n'est pas *vérifiée;* jusque-là elle ne forme qu'une apparence de preuve. (*V. Traité du droit civil*, par M. TOULLIER, t. 8, p. 290.) De là, comme nous l'avons dit p. 299, l'action en reconnaissance d'écriture ou de signature, qui, en cas de dénégation de celui auquel l'une ou l'autre est attribuée, rend nécessaire la vérification de l'écrit; de là aussi le droit accordé à toute partie qui, dans le cours de l'instance, se prévaut d'un acte sous seing privé, de faire également procéder à la vérification, lorsque celui auquel elle l'oppose dénie la signature ou l'écriture de cet acte, s'il lui est attribué, ou lorsqu'il déclare ne pas reconnaître l'une ou l'autre, si l'acte est du fait d'un tiers dont il est héritier ou ayant cause (1).

[[795 bis. *Le demandeur en reconnaissance peut-il assigner, avec permission du juge, à un délai plus bref que trois jours ?*

Il y aurait précipitation à abréger le délai de trois jours, dit M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 351; en conséquence cet auteur enseigne la négative.

Pour adopter cette opinion, on peut se fonder sur ce que le législateur paraîtrait, dans l'art. 192, avoir voulu fixer le minimum du délai en laissant à l'arbitraire de la partie ce qui, dans les cas ordinaires, est du domaine du juge.

Deux motifs nous déterminent à repousser cette solution.

Pour que le raisonnement que nous venons de rappeler fût exact, il faudrait que le bref délai ne pût jamais descendre au-dessous de trois jours; mais, comme nous l'apprend M. THOMINE lui-même, t. 1, p. 176, le bref délai, qui est habituellement de trois jours, peut être abrégé par le président; l'article 808 nous en offre un exemple.

Comment alors peut-on décider, dans une matière où le législateur a substitué la volonté du demandeur à celle du président, qu'il a voulu enlever à ce magistrat le droit d'apprécier si l'intérêt de la justice n'exige pas une assignation à un délai beaucoup plus court?]] **Supp. alph.** V° *Vérific. d'écriture*, n. 1.

796. *L'art.* 193 *s'applique-t-il tant à l'écriture de l'acte, qu'à la signature ou aux approbations qui tiendraient lieu de l'écriture ?*

Oui (*V.* art. 1322 du Cod. civ); par exemple, dans le cas déterminé par l'art. 1326 de ce Code, il ne suffirait pas que la signature apposée à une obligation souscrite par un autre individu qu'un marchand, artisan, laboureur, etc., fût reconnue; il faudrait, de plus, que cette reconnaissance portât également ou sur l'écriture de l'acte, ou sur *le bon* qui précéderait la signature.

[[Cette opinion ne peut souffrir de difficulté; elle est adoptée par M. DALLOZ,

---

signer l'héritier bénéficiaire ou le curateur, si elle est vacante, en reconnaissance d'écriture pour obtenir jugement. (Douai, 29 juill. 1816, *J. av.*, t. 19, p. 195.)

3° Celui qui veut assigner en reconnaissance de signature doit d'abord mettre, soit judiciairement, soit amiablement, le signataire à même d'en reconnaître l'identité. (Metz, 5 déc. 1826, *J.* arrêts de cette Cour, t. 5, p. 684.)

4° La vérification d'écritures peut être demandée, pour la première fois, en cause d'appel, et quoique le demandeur ait conclu au fond. (Paris, 8 avril 1811, *J. av.*, t. 22, p. 434.)]

(1) Nous examinerons bientôt la question de savoir dans laquelle de ces hypothèses les frais de la vérification sont à la charge soit du demandeur, soit du défendeur. Mais nous rappellerons ici que les demandes en reconnaissance d'écriture sont dispensées, par l'art. 49, § 7, de l'essai en conciliation, et, à plus forte raison, celles en vérification, qui sont la suite nécessaire des premières ou de toutes autres actions sous le cours desquelles on oppose un acte privé dénié ou méconnu.

t. 12, p. 940, n° 2, et confirmée par un arrêt de cass. du 4 fév. 1836, (*J. Av.*, t. 50, p. 240.)]]

797. *Est-il certains actes privés dont la reconnaissance ne soit pas exigée?— [[La demande peut-elle être formée incidemment par acte d'avoué à avoué?*]]

Un édit du mois de décembre 1684 portait, art. 2, une disposition analogue à celles de l'art. 193 du Code de procédure, et des art. 1322, 1323 et 1324 du Code civil.

Mais, par une déclaration du 15 mai 1703, il fut prononcé que l'édit ne s'appliquait qu'aux actes privés ordinaires, et non pas à des promesses, billets ou autres actes de commerce, à l'égard desquels il était dit « que les porteurs « pourraient obtenir condamnation sur de simples assignations, en la manière « ordinaire, *sans qu'au préalable il fût besoin de procéder en reconnaissance,* « *sinon en cas que le défendeur déniât la vérité desdits actes.* »

Il faut remarquer que ces dernières expressions, *sinon*, etc., ne signifiaient autre chose, si ce n'est que l'on procèderait à la vérification (1). [[Voir nos observations sur la note, où l'on trouve aussi la réponse à la seconde partie de la question.]]

---

(1) M. Boucher, dans son Traité de la procédure des tribunaux de commerce, p. 120, rapportant cette déclaration à l'art. 193 du Code de procédure, estime qu'en matière de commerce l'on ne peut appliquer les dispositions de ce Code relatives à la reconnaissance des écritures; qu'ainsi l'acte y est censé reconnu, lorsque le demandeur ne réclame pas, et que celui-ci peut obtenir de suite condamnation; *ce qui n'est pas dans les autres tribunaux*, ajoute cet auteur.

Nous sommes de l'avis de M. Boucher, en ce qu'il dit qu'on n'a pas besoin, en formant, dans les tribunaux de commerce, une demande au principal, de conclure préalablement à la reconnaissance de l'acte sur lequel cette demande serait fondée.

Mais nous allons plus loin; nous disons que, toutes les fois qu'une pièce est produite comme preuve des conclusions du demandeur a l'exécution de l'obligation qu'elle renferme, il n'est pas besoin de demander la reconnaissance de cette pièce, il suffit qu'on la produise. C'est à la partie adverse, en répondant à la demande, à déclarer qu'elle dénie ou qu'elle ne reconnaît pas, et alors il y aura lieu à vérification d'écriture, conformément à l'art. 195: dans le cas contraire, son silence équivaut à reconnaissance. (*V. Quest.* de LEPAGE, p. 172 et 173; DELAPORTE, t. 1, p. 195 et 196.)

Ainsi, dans les tribunaux ordinaires, on procède aujourd'hui comme on procédait autrefois dans les juridictions commerciales, parce que le Code de procédure ne porte point, comme l'édit de 1684, auquel la déclaration de 1703 faisait exception en matière de commerce, que l'on doive statuer préalablement sur la reconnaissance, et renvoyer ensuite à procéder au principal.

Au contraire, il est évident, soit d'après les art. 1322, 1323 et 1324 du Code civil, soit d'après les art. 193, 194 et 195 du Code de procédure, que ce Code a eu particulièrement en vue le cas où les parties, indépendamment de toute demande sur l'exécution de l'obligation consignée dans l'acte, agissent pour lui donner le caractère d'acte authentique, conformément à l'art. 1322 du Code civil, ou pour se ménager la faveur de l'art. 2123 du même Code, qui fait résulter l'hypothèque judiciaire *des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.*

[La demande en vérification d'écriture, comme le fait observer M. BOITARD, t. 2, p. 149, peut être formée dans deux cas bien distincts, soit principalement sans se rattacher à aucun litige (c'est le cas de l'art. 193), soit incidemment à une instance déjà pendante. Or, dans ce dernier cas, tout le monde convient, 1° que celui qui produit la pièce peut le faire sans demander préalablement la reconnaissance; l'attitude du défendeur devant alors déterminer le sort de cette pièce, qui sera vérifiée s'il la dénie, qui sera tenue pour reconnue s'il garde le silence. *V.* arr. de Bruxelles, 10 août 1814 (*J. Arr.* de cette Cour, 1814, t. 2, p. 203). En d'autres termes, les actes sous signature privée font pleine foi entre les parties, encore qu'ils n'aient point été vérifiés, lorsqu'il n'y a pas eu dénégation formelle de l'écriture (Cass. 24 juin 1806, *S.* 14.1-39, et *J. Av.*, t. 13, p. 86; cass. 7 janv. 1814, rapporté par M. FA-

798. *Peut-on, en vertu d'un jugement de reconnaissance ou vérification, prendre inscription avant l'exigibilité de la dette ?*

On peut obtenir un semblable jugement avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation, mais on ne peut prendre aucune inscription en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement après l'échéance ou exigibilité de cette obligation, à moins qu'il n'y ait stipulation contraire.

Il faut remarquer en même temps que les frais relatifs à ce jugement ne peuvent être répétés contre le débiteur que dans le cas où *il aurait dénié sa signature;* mais les frais de l'enregistrement sont à sa charge, tant dans ce cas que lorsqu'il aurait refusé de se libérer aux époques ci-dessus indiquées. [[*V.* dans le même sens, MM. BONCENNE, t. 3, p. 462, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 352.]]

Telles sont les dispositions par lesquelles une loi du 3 sept. 1807 (*J. Av.*, t. 15, p. 73), a modifié celles du Code civil, interprété l'art. 2123, et résolu plusieurs questions qui étaient controversées. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 114 et 115.)

[[M. Carré a reproduit les dispositions mêmes de la loi. *V.* la *Quest.* 803.]]

799. *La vérification de l'écriture d'un testament olographe est-elle mise à la charge de l'héritier légitime ou à la charge du légataire ?*

Par arrêt du 12 juill. 1807, rapporté au *Recueil* de S., 1813, 2e part., p. 337, et *J. Av.*, t. 22, p. 414, la Cour de Colmar a décidé que c'était aux légataires à faire procéder à la vérification, et par conséquent à fournir les pièces de comparaison, attendu que, de défendeurs à l'action principale des héritiers, ils devenaient, en opposant la pièce, demandeurs en incident de vérification.

Mais la Cour de Caen a décidé le contraire (1).

Nous pensons que la décision de la Cour de Colmar est la seule que l'on doive suivre, par la raison que la loi ne fait aucune distinction entre les différents actes privés, et qu'il n'existe aucune disposition qui fasse sortir le testament olographe de cette classe, même lorsque le dépôt en a été ordonné par le président. Le président, en effet, n'ajoute aucun caractère d'authenticité à l'acte; il ne fait que constater l'existence de cet acte, en assurer la conservation, la garantie, les effets, en cas que l'acte soit véritablement émané de celui dont il porte la signature, question sur laquelle il ne statue et ne préjuge rien.

VARD DE LANGLADE, v° *Acte sous seing privé*, t. 1, p. 84). C'est aussi l'opinion que cet auteur exprime lui-même, t. 5, p. 916, et qui est adoptée par MM. DALLOZ, t. 12, p. 940, et BONCENNE, t. 3, p. 471.

2° Que si le demandeur prend néanmoins le parti de former incidemment la demande en reconnaissance, il n'est pas tenu de le faire par une assignation à partie, comme semblait l'exiger le sens rigoureux de l'art. 193, mais par un simple acte de conclusions entre avoués. Bruxelles, 22 sept. 1821, (*J. Arr.* de Bruxelles 1821, t. 2, p. 110); PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 426.]

(1) Elle a considéré,

1° Que la loi attache au testament olographe un caractère particulier, et la même force d'exécution qu'à tout autre acte authentique, puisqu'elle donne de plein droit aux légataires la saisine, lorsqu'il n'y a point d'héritier à réserve;

2° Que cet acte doit en conséquence être distingué des autres actes sous seing privé, en vertu desquels on fait une demande;

3° Que les légataires universels, saisis en vertu d'une disposition de la loi, et envoyés en possession par ordonnance du juge, ne peuvent être dépossédés qu'en anéantissant le titre, et que c'est à ceux qui attaquent ce titre à en prouver le vice;

4° Enfin, qu'il serait contre les règles d'obliger celui qui a un titre, pour lequel la présomption existe, de l'obliger de prouver que son titre est vrai. (Caen, 4 avril 1812, *S.*, t. 12, 2e part., p. 337, et *J. Av.*, t. 22, p. 425.)

La loi ne reconnaît aucun acte intermédiaire entre les actes privés et les actes authentiques, et, par conséquent, c'est contrevenir à ses dispositions que d'accorder au porteur d'un testament olographe une faveur que la loi refuse au porteur de tout autre écrit sous seing privé.

Or, tous les auteurs décident avec raison que, sous l'empire du Code, comme autrefois, c'est à celui qui oppose la pièce à poursuivre sur l'incident de vérification ; et la loi, comme le dit M. Locré (*Esprit du Code de procéd.*, t. 1, p. 382); d'après la section du Tribunat, a entendu embrasser *toutes écritures privées généralement quelconques* (1).

[[Que les testaments olographes soient soumis comme tous les actes privés, à être vérifiés en justice, c'est une question qui n'est plus susceptible de doute. V. M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 272, n° 34, n° 2, et les arrêts de Paris, 11 août 1809, Besançon, 26 avril 1820, *J. Av.*, t. 22, p. 423, et celui de la Cour de cassation du 13 nov. 1816, *ibid.*, p. 440.

Il est également constant que la charge de la vérification incombe au légataire, lorsqu'il l'est seulement à titre universel ou particulier, ou lorsque, légataire universel, il est obligé de demander la délivrance à des héritiers à réserve. (Poitiers, 28 janvier et 1er avril 1824. *J. Av.*, t. 31, p. 272 ; Turin, 18 août 1810 ; Rouen, 20 décembre 1825. *J. Av.*, t. 22, p. 425 et t. 32, p. 123.)

Comme on vient de le voir, M. Carré ne fait aucune distinction. Cependant, il y a eu de vives controverses sur la question de savoir si un légataire universel pouvait être forcé par un héritier non réservataire à faire vérifier son testament.

Voici le tableau de la jurisprudence :

La charge de la vérification incombe,

A l'*héritier*, lorsqu'il n'est pas légitimaire ; Nîmes, 17 février 1824 ; Cass. 28 décemb. 1824 et 10 août 1825 ; Metz, 16 mars 1826 ; Toulouse, 12 novembre 1829, *J. Av.*, t. 31, p. 272 et t. 39, p. 54.

Au légataire, qu'il y ait des héritiers à réserve ou non ; Gênes, 23 décembre 1811 ; Metz, 3 mai 1815, *J. Av.*, t. 22, p. 425 ; surtout s'il ne s'est pas fait envoyer en possession ; Bordeaux, 19 décemb. 1827, *J. Av.*, t. 35, p. 182. Et lors même qu'il serait déjà en possession ; Bourges, 4 avril 1827 ; Montpellier, 19 juin 1827, *J. Av.*, t. 34, p. 84 ; Bordeaux, 6 avril 1832, t. 44, p. 102, et Bourges, 10 mars 1834, t. 46, p. 372.

A l'*héritier*, et *non au légataire*, si le légataire a été envoyé en possession, Bourges, 16 juillet 1827 ; *J. Av.*, t. 34, p. 84, et cass. 16 juin 1830 et 20 mars 1833, t. 43,

---

(1) Les décisions suivantes fourniront, au reste, à l'opinion que nous maintenons, un appui qui nous dispensera de développer plus amplement la réfutation de la décision de la Cour de Caen.

1° *Arrêt de Turin*, du 18 août 1810, (*S.*, 11-2, 49, et *J. Av.*, t. 22, p. 425). Il déclare qu'un testament olographe n'étant qu'un *acte sous seing privé*, sujet à vérification comme tous *les actes de cette nature*, la déclaration de ne pas reconnaître l'écriture en arrête l'effet ;

2° *De Bruxelles*, 21 juin 1810 (*S.*, 10-2-139). Il décide plus positivement encore que le testament olographe est *essentiellement* un écrit sous seing privé ; et, comme tout écrit de cette nature, doit, d'après l'art. 1324 du Code civil, être vérifié, lorsque la partie à laquelle on l'oppose déclare le méconnaître ; il s'ensuit que le testament olographe ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, et que la seule dénégation d'écriture en arrête l'exécution.

NOTA. Il importe de remarquer que cet arrêt déclare formellement, contre la décision de la Cour de Caen, qu'il importe peu à cet égard, soit qu'il y ait eu un procès-verbal dressé par le président de la présentation de l'ouverture et de l'état de ce testament, soit qu'il y ait eu par suite dépôt chez un notaire : ces formalités attestent seulement que l'acte a été remis comme testament olographe, mais ne peuvent assurer que cet acte soit écrit, daté et signé par le prétendu testateur.

p. 745 et t. 44, p. 256; Colmar, 25 juillet 1835, t. 50, p. 107; Rennes, 13 juin 1855, t. 51, p. 429.

La jurisprudence semble fixée pour cette dernière opinion que nous avons toujours soutenue, et dans nos consultations et dans notre *Journal des avoués*.

M. BONCENNE, t. 3, p. 455 et suiv., a voulu raviver une querelle doctrinale prête à s'éteindre. Malgré le brillant appui qu'il a prêté à l'opinion de son savant collègue M. Carré, nous persistons dans l'avis que nous avons exprimé en 1832, et que M. Boncenne a combattu. Nous pensons, comme en 1832, que la jurisprudence qui, sur ce point, ne se laisse pas nuancer par des reflets de circonstances, de probabilités et de considérations, est bien établie; car depuis 1832, notre affirmation, critiquée par le savant auteur de la *Théorie*, a été confirmée par une jurisprudence unanime. M. Boncenne a constamment méconnu, dans sa dissertation, la véritable position du légataire universel envoyé en possession par ordonnance du président du tribunal de première instance; il a voulu en faire un demandeur principal ou par exception. C'est là une erreur grave.

Jamais le légataire universel envoyé en possession, lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve, ne peut être demandeur : le fait le démontre invinciblement.

Pierre, porteur d'un testament olographe, qui l'a institué héritier universel, est envoyé en possession des biens du testateur : en vertu de l'acte authentique qui lui accorde la possession, il peut exercer toutes les actions passives et actives.

Jean, héritier naturel du testateur, convaincu que son parent n'a jamais fait ni pu faire de testament, attaque Pierre; il est demandeur, cela est incontestable.

Mais, dit-on, Pierre va devenir demandeur *excipiendo;* car il faut bien qu'il présente son testament pour dire : c'est en vertu de cet acte que je jouis. Ici est l'erreur. Pierre n'a besoin de rien dire : il est en possession en vertu d'un titre légal, l'ordonnance qui l'en a investi. Il jouit et il attend la démonstration que voudra faire son adversaire. Peu lui importe que cet adversaire crie bien haut que le testament de Pierre est faux; celui-ci se tait, et conserve sa possession fondée sur le titre légal qu'il a obtenu.

Se trouvera-t-il un tribunal qui veuille baser un jugement sur ces motifs que M. Boncenne trouve si plausibles : « Attendu que le légataire universel, investi « de la saisine légale en vertu des art. 1006 et 1007, et envoyé en possession par « ordre de M. le président, ne prouve pas la véracité de l'écriture de son testament, « œuvre de mystère, rédigé sans assistance d'officiers publics ou de témoins, « déclare ce testament nul, et envoie l'héritier demandeur en possession ? » Ne serait-ce pas créer un article 1008 *bis* ainsi conçu; « Si un héritier se présente « après l'envoi en possession, il lui suffira de dénier l'écriture du testament « pour que le légataire qui jouit de tous les biens soit forcé de faire vérifier « cette écriture. » Cet article nous paraîtrait absurde, contraire à l'esprit et au texte des art. 1006, 1007 et 1008. Il en détruirait l'économie, le système; aussi le législateur s'est-il gardé de tomber dans une contradiction aussi choquante : ce sera donc le prix de la course, ajoute M. Boncenne. *Vigilantibus jura subveniunt*, répondrons-nous, et il nous serait facile de citer une foule de positions dans lesquelles la loi a exigé la rapidité dans l'action pour que le droit soit conservé.

M. Boncenne irait-il jusqu'à soutenir qu'à quelque époque que l'héritier se présente, il pourra forcer le légataire à établir la véracité de la signature du testateur? Nous ne le pensons pas, car ce serait anéantir la règle de droit qui protége la possession. Cet estimable auteur tombe dans une confusion évidente quand il dit, p. 457 : *le légataire est tenu de prouver sa qualité, comme l'héritier lui-même serait tenu de prouver la sienne si elle n'était pas avouée.*

L'héritier qui jouit, qui possède, ne sera tenu à faire aucune preuve lorsque

sa qualité lui sera déniée par un tiers, qui ne lui aura pas prouvé un droit exclusif à l'hérédité. Ainsi cet héritier intente une action immobilière; le défendeur lui conteste sa qualité, et conclut à ce qu'il la prouve, à ce qu'il l'établisse par des titres. Cette défense sera repoussée, parce que c'est à ce tiers à prouver que le détenteur de l'immeuble revendiqué n'est pas réellement l'héritier de celui dont il veut exercer les actions. Quoique la solution que nous avons donnée en 1832 ait semblé mesquine dans ses moyens d'exécution à M. Boncenne, elle nous paraît toujours reposer sur cette différence de position d'un légataire porteur seulement d'un testament olographe et d'un legataire envoyé en possession. Dans le premier cas, son acte ne lui fournissant aucun moyen d'exécution, il jouera le rôle de demandeur, et il devra prouver; dans le second, au contraire, ce légataire sera placé au rang des porteurs d'un testament authentique; sa position sera inexpugnable jusqu'à la preuve de la fausseté de son titre, qui toutefois pourra être détruit par une simple procédure en vérification. Rien ne répugne à la raison dans cette interprétation d'articles assez mal rédigés, il faut en convenir, et elle permet de ne pas se soumettre sans examen à cet ancien brocard : *incumbit onus probandi ei qui dicit.* M. Boncenne cite à l'appui de son opinion MM. MERLIN, t. 17, p. 770 (1) et DALLOZ, t. 5, p. 658. Mais on peut opposer les autorités non moins graves de MM. TOULLIER, t. 5, p. 479; GRENIER, t. 1, n. 292 4°, et DURANTON, t. 9, p. 67. A l'appui de l'opinion de M. Boncenne, on peut néanmoins citer celle de M. Pigeau, qui s'exprime en termes positifs dans son *Commentaire*, t. 1, p. 423; M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 354 et suiv., hésite, et pense que tout dépend des circonstances.

M. Boncenne est dans l'usage d'éclairer ses décisions des discussions qui ont eu lieu au sein des conseils qui ont préparé nos codes; et, comme nous l'avons vu *suprà*, p. 100, il les qualifie de *Conseils des Sages*. Comment n'a-t-il pas indiqué par un seul mot, pas même par un renvoi, la discussion substantielle à laquelle ont donné lieu les art 1006 et suiv., du Code civil?

L'esprit du législateur s'y révèle tout entier; il y avait lutte entre les anciens principes et les nouveaux. Les avantages et les inconvénients des testaments olographes étaient signalés; et c'est en parfaite connaissance de cause que, sur un simple écrit sous seing privé, le législateur a permis un envoi en possession du légataire universel, qui fait reposer sur sa tête une présomption légale en vertu de laquelle il jouit sans être obligé de se soumettre à aucun genre de preuve pour corroborer son titre (2).

Disons en terminant que si les tribunaux apercevaient des indices de fraude, pour ne pas laisser le temps à un faux légataire de dépouiller la succession, ils auraient le droit d'ordonner le séquestre des valeurs et des biens légués. C'est aussi ce qui a été jugé, le 18 décembre 1826, par la Cour de Bourges (*J. Av.* n. 33, p. 82). (3)]] **Supp. alph.**, V° *Vérification d'écriture*, n. 22 et s.

---

(1) [Le même auteur, p. 783, pense que a provision est due au titre qui envoie le légataire en possession, et il cherche à concilier ces deux opinions qui *semblent*, dit-il lui-même, *contradictoires*.]

(2) [Cette discussion est rapportée par M. Locré, t. 11, p. 245 à 255.]

(3) [M. Carré, dans une consultation du août 1821, avait indiqué en ces termes la marche qui doit être suivie par les héritiers prudents :

« Il est certain, disait-il, qu'ils pourraient se refuser à reconnaître l'écriture, s'ils ne croient pas qu'en effet ce testament ait été écrit de la main de la testatrice, comme le veut l'art. 970 du Cod. civ.—Mais il ne sera pas nécessaire qu'ils déclarent s'inscrire en faux contre cet acte, qui n'a aucun caractère *d'authenticité*, ainsi que l'ont décidé la Cour de Bruxelles, par arrêt du 21 juin 1810 (*S.*, t. 11, p. 50), et celle de Turin, par arrêt du 18 août 1810 (*ibid.*, p. 149 et suiv.).

« Voici donc la marche qu'ils auront à

800. *Les frais de la demande en reconnaissance et ceux de la vérification, ne sont-ils à la charge du demandeur qu'autant que le défendeur a dénié son écriture ou sa signature ?* — En d'autres termes : *quand le défendeur, héritier ou ayant cause, déclare ne pas reconnaître l'écriture ou la signature de son auteur, les frais d'enregistrement ou de vérification demeurent-ils à la charge du demandeur ?*

Les controverses qui se sont élevées sur cet article, et qui ont été la matière du n° 1135 de notre *Traité et Questions*, ont été terminées par un arrêt de la Cour de Cassation, du 6 juillet 1822. (V. *S.*, t.22, 1re part., p.386, et *J. Av.*, t.24, p.231.) Cet arrêt, qui consacre l'opinion que nous avons émise, décide, en termes exprès, que l'héritier qui se borne à méconnaître la signature ou l'écriture de son auteur, suivant le droit que lui confère à cet égard l'art. 1323 du Code civil, doit supporter les dépens qu'a occasionnés la vérification de l'écriture, si cette écriture est déclarée appartenir à celui à qui elle était attribuée.

Les motifs de cette décision sont qu'il ne résulte autre chose de l'art. 1323, si ce n'est que l'héritier ou ayant cause auquel on oppose un acte privé de son auteur a la faculté de déclarer qu'il ne connaît pas sa signature ; ce qui oblige à en ordonner la vérification ; mais qu'il ne s'ensuit aucunement que les frais de vérification, si l'écriture est reconnue, doivent être à la charge du créancier ; qu'il n'y a également aucune conséquence à tirer de ce que l'art. 213 du Code de procédure prononce une amende avec dépens contre celui qui dénie mal à propos sa signature, pour ne pas assujettir aux frais l'héritier dont la méconnaissance de l'écriture de son auteur a entraîné une vérification

---

teuir, ils devront tout d'abord prendre possession des biens de leur auteur, les gérer et administrer comme ses héritiers légitimes et véritables propriétaires, ils auront par conséquent à payer à l'administration des domaines et de l'enregistrement les droits de mutation dus à l'occasion du décès de la dame Mollié. La loi leur accorde six mois pour effectuer ce paiement. Si, pendant leur possession, les légataires viennent revendiquer les objets de leur prétendu legs, les héritiers qui persisteraient à vouloir ne pas reconnaître l'écriture de leur auteur, exciperont de cette non reconnaissance pour repousser leurs prétentions. Ce sera alors aux légataires à faire la preuve de la validité du testament, et cette preuve se fera en justice (1323, 1324, C. civ.) dans les formes voulues par les art. 193 et suiv. du C. de proc. civile.

« Les héritiers ont encore un autre moyen pour faire retomber sur les légataires la preuve de la validité du testament. C'est de s'opposer à l'envoi en possession que devra ordonner le président du tribunal de première instance en faveur de ces légataires qui, bien qu'ayant, dans l'espèce, *la saisine légale*, puisqu'il n'y a point d'héritiers à réserve, n'en sont pas moins obligés de se faire envoyer en possession par ordonnance du président, conformément à l'art. 1008 du Cod. civil.

« Ils pourront donc s'opposer à cet envoi, et le fait seul de cette opposition suspendra l'exécution du testament, comme l'a jugé la Cour de Paris, le 11 août 1809. (*S.*, t. 10, 2e part., p. 139.)

« Les légataires seront alors obligés de prouver l'existence *réelle* du testament qui, jusqu'à cette preuve, est douteuse et *incertaine*. (*V. le Droit civil français* de M. Toullier, t. 5, nos 500 et suiv., et DELVINCOURT, t. 1er, p. 806, n° 12.)

« Mais les héritiers ne pourraient réclamer la saisine provisoire des biens légués sur leur simple déclaration de ne point reconnaître la signature de la testatrice, s'ils ne forment pas opposition à l'envoi en possession des légataires.

« Si en effet ceux-ci prennent possession des biens, ils auront pour eux leur titre déclaré exécutoire, et leur condition de possesseurs, toujours plus favorable, d'après la maxime de droit : *melior est conditio possidentis*. Ce serait alors aux héritiers à prouver le vice de l'acte qu'ils viendraient attaquer, et il serait contre les règles, comme l'a jugé l'arrêt de la Cour de Caen, le 4 avril 1812, d'obliger celui qui a un titre pour lequel la présomption existe, à prouver que son titre est vrai. (*V. S.*, t. 13, p. 336.) Même décision de la Cour de Cassation, du 2 fév. 1818. (*S.*, t. 18, p 248.) »]

qui aura prouvé, en résultat, la réalité de l'engagement; qu'il est vrai que l'art. 193 déclare que, si le défendeur ne dénie pas la signature, les frais seront à la charge du demandeur; mais que cette disposition a été modifiée par la loi du 3 sept. 1807, dont il résulte que, si la reconnaissance n'a été provoquée qu'après l'échéance, les frais sont à la charge du débiteur, soit qu'il dénie, soit qu'il avoue son écriture; que, par conséquent, l'héritier, succombant dans l'instance par suite du résultat de la vérification, doit supporter les dépens en conformité de l'art. 130, qui domine la matière (1).

[[Sur cette question la jurisprudence est unanime. Le 21 fév. 1826, la Cour de Nîmes, et, le 11 mai 1829, la Cour de cassation, sect. civile, par voie de cassation (*J. Av.*, t 31, p. 287, et t. 36, p. 337), ont consacré l'opinion de M. Carré, laquelle est également partagée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 917.

Nous ne pouvons adopter le système contraire de MM. LEPAGE, p. 174, et DELAPORTE, t. 1, p. 196. Ce serait une ressource trop facile pour les plaideurs de mauvaise foi qui ne manqueraient jamais, alors même qu'ils seraient sûrs du contraire, de déclarer qu'ils ne reconnaissent pas la signature de leur auteur, et qui, entraînant ainsi le créancier dans des frais qu'il supporterait seul, paralyseraient impunément l'exécution de son titre. La loi n'ayant point créé d'exception en faveur de l'ayant cause qui méconnaît, on doit lui appliquer l'art. 130 du C. de pr. civ. avec d'autant plus de raison que c'était à lui à connaître la signature de son auteur, et à s'assurer de l'identité; il doit donc supporter les frais qu'il a occasionnés par son propre fait.

Nos solutions s'appliquent aux héritiers qui contestent l'écriture du testament qui les dépouille en tout ou en partie.]] **Supp. alph.**, V° *Vérific. d'écriture*, n. 40 et s.

[[**806** bis. *Une des parties intéressées à faire reconnaître l'écriture par voie de vérification, n'ayant pas les moyens de faire les avances de sa quote part, déclare laisser défaut sur cet incident, attendu qu'elle ne peut faire d'avances; mais elle ajoute qu'elle remboursera les frais avancés par ses cointéressés, si la signature et l'écriture sont reconnues. Pourra-t-on dire qu'elle ne doit pas profiter du jugement qui aura déclaré la pièce vraie?*

Cette question, que nous trouvons posée mais non traitée dans les manus-

---

(1) Contre cette opinion, que nous maintenions au n° 1135 de notre *Traité*, nous avons vu opposer devant le tribunal civil de Rennes l'autorité de M. Pigeau; on invoquait aussi la solution que nous avions nous même donnée sur la question 679 de notre *Analyse*. Mais, en voyant l'ouvrage de ce savant professeur, t. 1, p. 110, 111 et 112, et en remarquant surtout l'observation qu'il a faite pag. 318, *in fine*, on pourra se convaincre qu'il ne dit rien de contraire à l'opinion que nous avions établie, et à la doctrine aujourd'hui consacrée par la Cour de cassation. Relativement à ce que nous établissions sur la 679e question, on peut aussi, en faisant attention aux observations finales de la 675e, se convaincre que la solution de la première ne s'appliquait qu'au cas d'une demande principale en reconnaissance, et non pas à celui de la vérification d'un acte sous seing privé, ordonnée après l'échéance. Dans le premier cas, qui est celui que prévoit la loi de 1807, il est juste que les frais soient à la charge du créancier qui veut se procurer des sûretés qu'il ne trouvait pas dans la forme de son titre; dans le second, comme il suffit au créancier d'avoir un acte sous seing privé pour agir en justice, et comme la présomption est toujours en faveur du titre, si, pour sa défense, le débiteur croit pouvoir déclarer qu'il ne reconnaît pas l'écriture qu'on lui oppose, c'est sans doute une faculté que la loi lui accorde, mais dont il use à ses risques et périls: et certes il serait difficile, dans ce dernier cas, de trouver des raisons valables pour distinguer la procédure en vérification des autres exceptions et apurements, dont les frais doivent toujours être supportés par la partie qui succombe en définitive.

Au moyen de ces observations, les questions qui ont été l'objet des numéros 679 de l'*Analyse* et 1136 du *Traité*, se trouvent refondues dans la question plus générale ci-dessus posée.

crits de M. Carré, suppose une procédure insolite et que nous avons peine à comprendre. Pourquoi la partie qui ne peut faire l'avance des frais laissera-t-elle défaut sur l'incident? pourquoi cessera-t-elle d'être, pour quelque temps seulement, partie au procès? Qu'importe que la poursuite en vérification n'ait pas lieu à sa requête? ne peut-elle pas demeurer spectatrice, et spectatrice intéressée du litige que ses consorts soulèvent et poursuivent? a-t-on le droit de la faire mettre provisoirement hors d'instance? Non sans doute. Si donc elle peut y rester, quoiqu'elle n'y joue pas un rôle actif, tout ce qui s'y passe lui sera commun, d'où il suit que l'espèce de la question n'offre aucune sorte de difficulté.

M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 446 et 452, n° 7, enseigne bien que l'acte déclaré vrai ou non vrai vis-à-vis d'une partie n'est tel qu'à son égard; et c'est, à notre avis, une juste application de la maxime que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les parties au procès. Mais cette maxime est sans portée dans l'espèce que nous examinons; car il est impossible de prétendre que la partie qui laisse ses coïntéressés employer seuls une voie d'instruction contre la partie adverse, cesse par là d'être partie au procès; il faudrait, pour la considérer comme étrangère, qu'elle n'y fût jamais entrée, ou du moins qu'elle se désistât purement et simplement de sa demande; jusque-là tous les actes de la procédure lui sont communs, ils lui nuisent et lui profitent, ils doivent même lui être notifiés.

En un mot, la procédure en vérification d'écriture est indivisible à l'égard de toutes les parties en instance. C'est là un principe qu'a formellement consacré la Cour de Bordeaux, en décidant, le 31 juillet 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 161), que, lorsque l'un des demandeurs ne comparaît pas pour convenir des pièces de comparaison, il n'y a pas lieu de donner défaut, et de rejeter quant à lui la demande en vérification.]]

ART. 194. Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu; si le défendeur reconnaît l'écrit, le jugement en donnera acte au demandeur.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 252, n°s 4 à 7 — Notre Dict. génér. de proc., v° *Vérification d'écritures*, n°s 13, 21 à 24, et 34. — Devilleneuve, v° *Vérif.*, n. 32, *Hypothèque judiciaire*, n°s 18 et suiv. — Arm. Dalloz, v° *Vérif.*, n°s 13 à 18. — Locré, t. 21 p 445, n° 103 — QUESTIONS TRAITÉES: Le tribunal doit-il, dans tous les cas et sans examen, tenir pour reconnu l'écrit de celui qui fait défaut? *Q.* 800 *ter*. — Si, de plusieurs défendeurs assignés en reconnaissance d'écriture, l'un comparaît et l'autre fait défaut, le tribunal doit-il appliquer la disposition de l'art. 153? *Q.* 801. — Le jugement par défaut qui tient l'écriture pour reconnue, est-il sujet à l'opposition? *Q.* 802. — Peut-on prendre inscription sur les registres des hypothèques, avant le délai de huitaine mentionné en l'art. 155? *Q.* 803 (1).]

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que:

1° Une partie ne peut saisir-arrêter une pièce, par exemple une lettre missive, sous prétexte qu'elle est fausse ou falsifiée; elle doit se borner à dénier l'écriture, pour ensuite procéder à la vérification suivant les formes prescrites par le Code. (Rennes, 9 janv. 1811, *J. Av.*, t. 22, p. 433.)

2° Lorsque, pour fixer le droit d'enregistrement, la régie argumente d'actes sous seing privé, elle est, en cas de dénégation, tenue, comme toute autre partie, à les faire vérifier. (Cass., 30 juin 1806, *S.*, t. 7, 2e part., p. 1249, et *J. Av.*, t. 22, p. 411.)

3° On ne peut se dispenser d'ordonner la vérification d'écriture dans tous les cas où la signature d'un titre privé n'est pas encore reconnue, encore qu'il s'agissse non d'un titre de créance produit par le demandeur, mais d'une quittance dont excipe le défendeur. (Cassation, 19 frim. an 14, *S.*, t. 6. 2. 183, et *J. Av.*, t. 22, p. 409.)

4° On ne peut faire procéder à la vérification d'un acte qui a acquis le caractère d'acte

CLII. L'art. 194 suppose le cas d'une demande en reconnaissance d'écriture; car, s'il s'agissait de toute autre demande principale fondée sur un acte privé, un tribunal ne pourrait, sur le défaut du défendeur, adjuger la demande. L'art. 150 s'y oppose, puisqu'il veut qu'en cas de défaut, les conclusions soient trouvées *justes* et *bien vérifiées*. Or, dit M. TOULLIER, t. 8, n° 231, on ne peut considérer comme telles des conclusions fondées sur une écriture privée dont la signature n'est ni reconnue ni bien vérifiée; d'un autre côté, le tribunal ne peut ordonner la vérification d'office, à moins que le demandeur n'eût, par son assignation, conclu à ce que l'écriture fût tenue pour reconnue : l'art. 194 ne peut donc, en cas de défaut, s'appliquer, comme nous venons de le dire, que sur une demande en reconnaissance, formée soit par action principale, soit *accessoirement* à une autre demande (1). [[V., dans le même sens, M. BOITARD, t. 2, p. 154.]]

[[**800** ter *Le tribunal doit-il, dans tous les cas et sans examen, tenir pour reconnu l'écrit de celui qui fait défaut?*

La règle de l'art. 150, en vertu de laquelle les conclusions ne sont adjugées qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées, a subi, comme on le voit ici, une notable exception. Nous pensons que, lorsqu'il s'agit de mettre de côté une règle éminemment équitable, les tribunaux doivent se montrer avares d'appliquer l'exception, et consulter auparavant l'esprit général de la législation. Aussi approuvons-nous la solution donnée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 426, qui, dans le cas où le défendeur non comparant est mineur ou incapable d'aliéner ses biens, décide que le tribunal pourra d'office, avant de tenir l'écrit pour reconnu, ordonner la vérification. La raison qu'il en donne nous semble parfaitement en harmonie avec la nature de position que nos lois se sont toujours attachées à conserver au mineur; celui-ci, en effet, est incapable d'aliéner, il le ferait par son silence qui serait une reconnaissance tacite; il dépendra donc de la prudence du juge de s'écarter de la rigueur de l'art. 194, en cherchant à s'éclairer avant de prononcer. C'est aussi l'opinion de M. Carré à la note du n° CLVII.

Mais, hors ces cas d'exception, l'application du principe n'est pas douteuse. (Arr. Rennes, 28 janv. 1819, *J. Av.*, t. 22, p. 444.)]]

801. *Si, de plusieurs défendeurs assignés en reconnaissance d'écriture, l'un comparaît et l'autre fait défaut, le tribunal doit-il appliquer la disposition de l'art. 153?*

[[Nous avons rapporté l'opinion de M. Carré, et traité la question, *suprà* p. 38, sous la *Quest.* 621 *quintò*, n° 2.]]

---

authentique par un jugement qui en a ordonné l'exécution. (Rennes, 14 juin 1813, *J. Av.*, t. 22, p. 440.)

5° Il peut être refusé acte de la reconnaissance d'une signature apposée au bas d'un écrit sous seing privé, lorsque la dette reconnue par écrit est à la fois personnelle en partie et qu'il existe un compte social non définitivement apuré. Colmar, 6 déc. 1825. (*J. Arr.* de cette Cour, t. 23, p. 245.)]

(1) La disposition de cet article, relative au défaut, ne distingue point, comme les art. 6 et 7 de l'édit de 1684, entre le cas où la demande en reconnaissance est provoquée contre le défendeur auquel on attribue l'écriture, et celui où il est appelé pour reconnaître celle de son auteur, et, nonobstant les motifs raisonnables dont M. Toullier appuie cette distinction, on doit conclure avec lui (*ubi suprà*, n° 231), qu'on ne peut l'admettre sous l'empire de notre Code actuel.

802. *Le jugement par défaut qui tient l'écriture pour reconnue est-il sujet à l'opposition ?*

Oui, comme tous les jugements par défaut et dans la même forme. (DELAPORTE, t. 1, p. 196 ; *Comm. des Ann. du not.*, t. 1, p. 392) (1).

[[Cette solution est évidente ; *V.* notre *Quest.* 659, et LOCRÉ, t. 21, p. 443.]]

803. *Peut-on prendre inscription sur les registres des hypothèques avant le délai de huitaine mentionné en l'art.* 155 ?

On sent bien, d'après ce que nous avons dit sur la 798e *Quest.*, que celle que nous posons ici ne peut se présenter que dans le cas où le jugement serait postérieur à l'échéance ou à l'exigibilité de la dette. Mais, supposant qu'il le soit, l'inscription ne pourra être prise avant huitaine, car elle est un acte d'exécution, et l'exécution des jugements par défaut ne peut avoir lieu avant l'expiration de ce délai, à moins que l'exécution provisoire n'ait été ordonnée dans les cas où le même art. 155 l'autorise (PIGEAU, t. 1, p. 113 ; *Quest.* de LEPAGE, p. 176.)

[[M. PIGEAU, *loco citato*, après avoir dit que l'inscription est un acte d'exécution qui, par conséquent, ne pourrait pas, en règle générale, être prise dans la huitaine, ajoute qu'on pourrait aisément faire rentrer ce cas dans l'exception de l'art. 135, et faire ordonner l'exécution provisoire ; car il y a promesse reconnue.

Mais nous croyons que MM. Pigeau et Carré se sont mépris tous les deux sur le véritable sens du mot *exécution*. On doit entendre par ce mot des contraintes sur une personne ou sur ses biens. L'inscription, au contraire, n'est qu'un acte conservatoire qui n'a d'effet qu'à l'égard des tiers. L'art. 500 du Code de comm. la place parmi les actes conservatoires prescrits aux syndics d'une faillite, et M. PIGEAU la qualifie même ainsi, p. 49 du même volume.

Cette opinion est partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 917 et DALLOZ, t. 12, p. 941, n° 10.

Au surplus, est-il bien vrai que l'exécution provisoire puisse être ordonnée dans l'espèce posée par M. PIGEAU ? L'art. 135 le permet bien lorsqu'il y a promesse reconnue, sans dire par qui ; d'où l'on pourrait conclure qu'il suffirait qu'elle le fût par le tribunal. Il semble cependant qu'on doive décider qu'il s'agit de la reconnaissance faite par la partie elle-même. En effet, la loi suppose que le jugement a déjà une autre base : ici, au contraire, c'est le même jugement qui prononce la reconnaissance d'écriture et la condamnation. Or, la première disposition, n'ayant pas plus de force que la seconde, ne peut pas avoir une pareille conséquence. En un mot, il s'agit d'une promesse reconnue antérieurement, reconnue définitivement, et non pas d'une reconnaissance qui tombera elle-même avec la condamnation, par une simple opposition.

Lorsque, conformément à l'hypothèse qui nous occupe, l'action est formée après l'échéance de l'obligation, il sera prudent, de la part du demandeur, de ne pas l'intenter sous la forme d'une demande en vérification, qu'il sera tou-

---

(1) Mais les deux espèces examinées sur la précédente question exigent une observation : dans la première, le jugement par défaut rendu contre une des parties sera, de sa part, sujet à l'opposition, sans que le jugement à intervenir puisse servir ou préjudicier à la partie jugée contradictoirement ; dans la seconde, au contraire, le jugement qui sera prononcé après jonction ne sera pas attaquable par voie d'opposition, conformément à l'art. 153. [Même renvoi que pour le n° 801 lui-même.]

jours à temps d'introduire après que, sur l'action en paiement, le défendeur aura méconnu l'écriture portant obligation ; il évitera ainsi de s'exposer aux frais d'un jugement qui ne manquerait pas de retomber sur lui, si, assigné directement en aveu, le défendeur ne contestait pas l'écrit.

Au reste, lorsque la reconnaissance d'écriture n'est provoquée qu'après l'échéance de la dette, les frais en sont à la charge du débiteur qui se laisse condamner. Il dirait en vain que, n'ayant pas comparu, il n'a pas méconnu son écriture. C'est ce qu'a jugé, avec raison, un arrêt de la Cour de Liége, du 15 avril 1835. (*J. des Arrêts* de Bruxelles, t. 2. de 1835, p. 475.)]]

ART. 195. Si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en pourra être ordonnée, tant par titres que par experts et par témoins.

[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 253 à la note.] Ordonnance, tit. 12, art. 7 *in fine*, et art. 8 *in principio*. Edit. de 1684, art. 7. Ordonn. du faux de 1737, titre 1er, art. 3.—Cod. de procéd, art. 212, 232. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Vérific. d'écrit.*, n°s 16 à 18, 26 à 31, 37, 40 *bis*, 41 à 45, 49, 52 à 57, 61.—Devillenouve, v° *Vérific.*, n°s 1 à 11, 12 à 18.—Arm. Dalloz, v° *Vérif.*, n°s 2 à 8, 24 à 37. —Locré, t. 21, p. 445 et 602.—QUESTIONS TRAITÉES : Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à vérification? *Q.* 803 *bis*.—Les juges peuvent-ils, alors même que l'écriture est déniée ou méconnue, se dispenser d'ordonner la vérification, s'ils trouvent dans la cause des éléments suffisants pour fixer leur décision? Leur pouvoir à cet égard est-il discrétionnaire? *Q.* 803 *ter*.—Peut-on ordonner la vérification, en cas de dénégation ou de méconnaissance, lorsque l'assigné soutient que, quand l'acte serait vrai, il serait nul ; qu'ainsi il est inutile d'ordonner cette vérification, puisqu'elle n'empêcherait pas le rejet de l'acte vérifié? *Q.* 803 *quater*.—Les trois genres de preuve autorisés par l'art. 195 peuvent-ils concourir pour la vérification, c'est-à-dire être employés simultanément, et quel est, dans ce concours, celui dont les résultats doivent l'emporter sur ceux des autres? *Q.* 804.—Lorsqu'une pièce contenant élection de domicile attributive de juridiction est déniée, le tribunal du domicile élu devant lequel la dénégation est faite, peut-il connaître de la vérification? *Q.* 804 *bis*.—Dans l'enquête qui a lieu pour une vérification d'écriture, comment faut-il calculer les délais de l'art. 257 du Cod. de proc. civile? *Q.* 804 *ter*.] (1)

CLIII. Dans une question aussi délicate que celle que présentent à l'examen de la justice deux parties qui s'accusent, l'une de désavouer ou méconnaître un engagement légitimement contracté, l'autre de se prévaloir d'un titre fabriqué, la loi devait établir les moyens les plus propres à découvrir la vérité : ces moyens sont au nombre de trois, la preuve par titres, la vérification par

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Celui qui a été admis par jugement à une vérification d'écriture ne peut, faute de faire les diligences nécessaires, et après une mise en demeure, être déclaré déchu du bénéfice de ce jugement, et, par suite, débouté de sa demande ou de son exception, lorsque les juges n'ont point fixé de délai pour la vérification. C'est seulement le cas de déterminer ce délai, sauf à prononcer ultérieurement. (Metz, 29 janv. 1822, *J. Av.*, t. 24, p. 32, Bordeaux, 25 juin 1830, t. 45, p. 756, et Colmar, 9 mai 1818, t. 22, p. 447.)

2° Lorsqu'après un premier délai accordé à une partie pour faire une vérification d'écritures, il est accordé un second délai, c'est un délai de grâce qui commence à courir du jour même du jugement qui l'accorde. (Cass. 12 août 1828, *J. Av.*, t. 36, n. 122.)

3° Lorsqu'un contrat n'est pas revêtu de la signature de l'une des parties, mais seulement d'une marque, les tribunaux peuvent, quand cette marque est déniée par la partie à laquelle on l'attribue, se dispenser de recourir à la vérification d'écritures, et se borner à faire subir un interrogatoire à cette partie, pour en conclure que la marque déniée lui appartient véritablement. (Cass. 11 fév. 1818, *J. Av.*, t. 22, p. 446.)

4° Lorsque le propriétaire soutient fausses les quittances que son locataire produit contre lui, il y a lieu de procéder à une vérification d'écritures, et non à une inscription de faux. (Paris, 9 janv. 1830, *J. Av.*, t. 38, p. 224.)

5° Le défendeur en vérification d'écriture peut être admis à prouver la fausseté de l'acte qu'on lui oppose, c'est-à-dire que la preuve contraire est de droit (Besançon, 16 juin 1812, *J. Av.*, t. 22, p. 434.)]

comparaison, et l'audition des témoins, autorisés par exception à la disposition de l'art. 1341 du Code civil, qui défend de les admettre pour une valeur au-dessus de 150 fr. (1).

[[**803** bis. *Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à vérification?*

Il faut, pour que la vérification soit ordonnée, de deux choses l'une : ou que l'écrit ait été formellement dénié si le défendeur est celui dont on prétend qu'il émane, ou qu'il n'ait pas été reconnu par l'héritier de celui auquel on l'attribue. De la part du premier, il faut dénégation; de la part du second, une simple méconnaissance suffit, ainsi que l'enseigne M. BONCENNE, t. 3, p. 452.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé, le 24 juin 1816 (*J. Av.*, t. 13, p. 86), que, tant qu'un écrit n'est pas dénié, il n'est pas nécessaire d'en provoquer la vérification, et la Cour de Bordeaux, le 31 mars 1830 (*J. P.*, 2e éd., t. 3 de 1830, p. 58), qu'on ne peut pas demander la vérification d'une écriture qu'on ne désavoue pas, et contre laquelle on ne déclare pas vouloir s'inscrire en faux; cependant il est des équipollents à la dénégation expresse : ainsi, lorsqu'une partie forme une demande en vérification d'une signature, et que la partie adverse, sans dénier formellement sa signature, se borne à répondre qu'elle ne doit qu'une partie de la somme portée dans la reconnaissance qu'on lui oppose, les tribunaux ne peuvent se dispenser de prononcer sur la demande en vérification. (*Cass.* 12 novembre 1828, *J. Av.*, t. 36, p. 216.)

L'héritier, auquel on oppose la signature de son auteur, ne peut lui-même se renfermer dans un silence absolu; il doit déclarer s'il connaît ou s'il ne connaît point cette signature. Son refus de faire cette déclaration devrait être pris pour une reconnaissance, et dispenserait de procéder à une vérification, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation le 17 mai 1808. (*J. Av.*, t. 22, p. 420.)

Mais il ne faudrait pas traiter avec la même rigueur l'héritier qui, sans se prononcer formellement sur la vérité ou la fausseté de l'écriture, se bornerait à dire qu'il ne la reconnaît point, quoiqu'un arrêt de la Cour de Rennes du 29 janvier 1816, l'ait ainsi jugé.

M. Carré, en rapportant cet arrêt à la jurisprudence de l'art. 194, l'accompagnait de ces réflexions que nous reproduisons comme parfaitement justes :

« Nous ne croyons pas qu'il fût prudent de suivre cette décision, d'après un « arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1816. (*J. Av.*, t. 18, p. 898.) Cet « arrêt décide en effet qu'il résulte expressément des art. 1323 et 1324 du Code « civ. que, *si l'héritier déclare ne pas connaître la signature de son auteur, la « vérification est ordonnée en justice*, que ces expressions sont impératives, et « annoncent que la vérification doit être ordonnée d'office, alors même qu'il « n'y a pas de conclusions prises à ce sujet. »]] **Supp. alph.**, V° *Vérificat. d'écrit.*, n. 63 et s.

[[**803** ter. *Les juges ne peuvent-ils, alors même que l'écriture est déniée ou méconnue, se dispenser d'ordonner la vérification, s'ils trouvent dans la cause des éléments suffisants pour fixer leur décision ? Leur pouvoir à cet égard est-il discrétionnaire ?*

Le doute sur cette question naît de ce que l'art. 1324 du Code civ. est conçu

---

(1) La vérification par titres n'exige d'autre procédure que la production des actes et pièces qui peuvent constater ou faire présumer, d'une manière plus ou moins satisfaisante, que la signature à vérifier est véritablement de la main de celui auquel on l'attribue.

La vérification, quand elle s'opère par comparaison, exige une procédure spéciale, qui se compose des règles et formalités prescrites par le présent titre ; si elle se fait par témoins, on applique les règles et les formalités concernant les enquêtes en général, sauf l'exécution des art. 211 et 212, particuliers à celles qui ont lieu en matière de vérification.

en termes impératifs, tandis que l'art. 195 du Code de procédure l'est en termes facultatifs : la vérification *pourra* être ordonnée. On le résout en disant que le Code de proc., étant postérieur au Code civ., y a dérogé, d'après le principe : *posteriores derogant prioribus*. C'est là, en effet, l'opinion presque universelle, qu'adoptent sans restriction MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 427 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 55 et 356 ; DALLOZ, t. 12, p. 942 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 918 et 919 ; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 268, n. 13, et BONCENNE, t. 3, p. 486 ; mais M. RAUTER, p. 208, émet une opinion contraire. La jurisprudence est aussi à peu près unanime. *V. Cass.*, 25 août 1813, 11 février 1818, (*J. Av.*, t. 22, p. 411) ; Besançon, 30 avril 1832 ; Rouen, 6 mai 1823 (t. 22, p. 451) ; Caen, 23 juin 1825 (t. 31, p. 83) ; *Cass.*, 6 décembre 1827 (t. 35, p. 111) ; Toulouse, 4 décembre 1828 (*J. P.* 2e éd., t 2 de 1829, p. 468) ; Corse, 2 juin 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 105) ; Paris, 14 janvier 1832 (DALLOZ 1834, part. 2, p. 9) ; Bordeaux, 10 juin 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 619) ; *Cass.*, 27 août 1835, (t. 49, p. 613) ; 14 mars 1837, (*J. Av.*, t. 52, p. 245 et suiv., et *J. P.*, (t. 1 de 1837, p. 200), et 24 mai 1837 ; *J. A.*, t. 53, p. 427, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 450) ; et enfin, Bordeaux, 29 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 594).

Tous les arrêts de la Cour de cassation que nous venons de rapporter étant émanés de la chambre des requêtes, on voit que la jurisprudence de cette chambre est fixée. Quatre arrêts de la chambre civile, 30 juin 1806 (*J. Av.*, t. 22, p. 411) ; 10 juillet 1816 (t. 18, p. 898) ; 12 novembre 1828 (t. 36, p. 216), (ces deux derniers déjà rapportés sous la question précédente), 6 février 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 245, et *J. P.*, t. 1 de 1837, p. 297), semblent faire croire qu'elle aurait adopté une jurisprudence contraire ; mais il est facile de démontrer qu'il n'y a point d'opposition entre ces divers arrêts.

En effet, quant à l'arrêt du 10 juillet 1816, ainsi que le fait observer M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 919, la Cour de Montpellier avait admis la pièce sans vérification, et sans rien statuer d'elle-même sur sa véracité, par le motif que cet acte ne pouvait être emporté que par l'inscription de faux ; erreur palpable, car la Cour pouvait et devait en ordonner ou en faire elle-même la vérification, et non en prescrire l'exécution sans examen ; c'est tout ce que la Cour de cassation a voulu juger.

Nous remarquerons aussi que, dans l'espèce du 30 juin 1806, le tribunal de Coutances, et, dans celle du 6 février 1837, la Cour de la Martinique avaient rejeté les actes produits sur le seul motif qu'ils étaient méconnus. Or, appelés à juger du mérite de ces actes, les juges ne pouvaient pas les rejeter sans en reconnaître la fausseté. Dans l'espèce du 12 novembre 1828, la Cour royale de Colmar s'était également dispensée de statuer sur la demande en vérification

Ainsi, tout ce qui résulte de ces arrêts de la chambre civile, c'est que les juges ne peuvent se dispenser de prononcer sur la véracité du titre produit ; principe déjà soumis lui-même à certaine restriction, comme on le verra sous la question 803 *quater*. Mais on n'en peut conclure qu'ils ne puissent faire eux-mêmes la vérification, et prononcer d'après leurs propres lumières. N'est-il pas raisonnable, en effet, que la vérification par experts, procédure longue et coûteuse, ne soit ordonnée que lorsqu'elle est indispensable, et que la vérité ne peut se faire jour autrement ?]] **Supp. alph.**, V° *Vérific. d'écrit.*, n. 74, 75.

[[**803** quater. *Peut-on ordonner la vérification, au cas de dénégation ou de méconnaissance, lorsque l'assigné soutient que, quand l'acte serait vrai, il serait nul, qu'ainsi il est inutile d'ordonner cette vérification puisqu'elle n'empêcherait pas le rejet de l'acte vérifié?*

M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 427, fait une distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives. Dans le premier cas, la vérification doit, selon lui, être ajournée jusqu'après le jugement de la nullité, par exemple, si la

cause était illicite; car, quand même l'acte serait vrai, l'ordre public imposerait aux juges le devoir de le rejeter, d'où il suivrait que la vérification ne pourrait jamais avoir aucun résultat, et par conséquent serait inutile.

Dans le cas de nullité relative, ajoute M. Pigeau, la vérification peut être ordonnée tout d'abord, sauf, lorsque l'acte aura été déclaré vrai, à demander la nullité de la part de celui qui l'oppose; par exemple, si l'on déniait la signature d'un billet qui ne contiendrait pas l'approuvé de la somme en toutes lettres. Cette omission le rendrait nul comme obligation, mais ne l'empêcherait pas de valoir comme commencement de preuve par écrit, d'où il suit que le porteur aurait intérêt, malgré la nullité, à faire vérifier la signature pour s'en servir à ce dernier titre.

Nous pensons, comme M. Pigeau, qu'en matière de nullité d'ordre public, il faut juger d'abord cette nullité, car à quoi bon une vérification si l'acte doit être annulé? C'est encore le même motif qui nous détermine à penser que, même lorsqu'il s'agit d'une nullité relative, il convient également de la juger avant d'ordonner une vérification, afin d'éviter aux parties des frais inutiles si en effet l'acte est susceptible d'être annulé, sauf à admettre plus tard la vérification d'écritures si on veut opposer l'acte annulé comme commencement de preuve par écrit. Notre opinion a été suivie par M. DALLOZ, t. 12, p. 944, n° 14; elle est aussi enseignée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 355 et 356; il faut néanmoins consulter un arrêt de la Cour de Riom du 2 mars 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 107), remarquable par la sagesse et la netteté de ses motifs. Il décide que la partie assignée en vérification d'écriture ne peut écarter cette demande en soutenant que le titre à vérifier est prescrit, et que, si elle ne reconnaît pas ce titre, les juges doivent en ordonner la vérification en lui réservant ses droits au fond. L'espèce de cet arrêt offre quelque analogie avec celle de notre question; nous croyons toutefois que la décision de la Cour de Riom ne peut influer sur notre solution, à cause de la différence qui existe entre une nullité d'acte et une prescription, sous le rapport des moyens à l'aide desquels on peut établir l'existence de l'une ou de l'autre.

Il en est de même de l'arrêt de la Cour de Douai du 30 déc. 1819 (*J. Av.*, t. 22, p. 450), qui annulle un jugement du tribunal civil de Dunkerque, le motif pris de ce qu'il avait refusé de statuer sur une demande en vérification, quoiqu'il eût fondé son refus sur ce que l'écrit dont il s'agissait avait pour objet une obligation dont la cause était illicite. Cet arrêt n'est point contraire à notre doctrine, car il faut remarquer que le tribunal civil n'était saisi de l'instance en vérification que par un renvoi du tribunal du commerce, en vertu de l'art. 427 du C. de pr. civile. Alors sa compétence se bornait à la procédure de vérification, et il ne lui était pas permis d'envisager la cause au fond. Dans de telles circonstances, le tribunal civil n'est en quelque sorte qu'un tribunal d'instruction chargé de déclarer si l'écriture est ou n'est pas de celui à qui on l'attribue. Il ne peut donc pas, sur des motifs qui sont hors de ses attributions, se dispenser de faire la vérification; ce serait réformer le jugement du tribunal de commerce qui a trouvé cette vérification utile; or, jamais le tribunal civil n'a eu, sur le tribunal de commerce, aucune suprématie de juridiction.]]

804. *Les trois genres de preuve autorisés par l'art.* 195 *peuvent-ils concourir pour la vérification, c'est-à-dire être employés simultanément; et quel est, dans ce concours, celui dont les résultats doivent l'emporter sur ceux des autres?*

Il est évident, d'après les expressions de l'art. 195, que les trois genres de preuve peuvent être mis en usage simultanément, et concourir ensemble à établir que l'acte est ou n'est pas écrit ou signé par la partie à laquelle l'écriture ou la signature est attribuée.

Mais, dans ce concours, quelle sera la preuve qui devra l'emporter par ses résultats et déterminer la décision ?

« Lorsque le législateur admet trois genres de preuve, dit le tribun Perrin, « édit. de Didot, p. 88, il laisse à la conscience du juge, éclairé par la réflexion « et le recueillement, à prononcer sur les résultats. »

Ainsi, la loi n'oblige point le juge à se décider de préférence par les résultats de l'un ou de l'autre des trois genres de preuves qu'elle admet ; elle n'a point mesuré l'influence de chacun sur sa conviction, ni, comme le dit encore le tribun Perrin, assujetti sa conscience à la précision du calcul géométrique, source éternelle de débats et de raisonnements métaphysiques, qui tous viennent échouer contre la variété infinie des circonstances, et les nuances imperceptibles du langage des experts et des témoins (1).

[[Il ne peut s'élever le moindre doute sur les diverses solutions ci-dessus, d'après les expressions mêmes de l'orateur du gouvernement déjà cité par M. Carré, et qui a dit de plus : « La conviction du magistrat s'opère par la « réunion de toutes ces preuves, et ce qui pourrait manquer dans l'une pour « une parfaite démonstration peut être suppléé par ce qui résulte de l'autre ; « encore une fois on admet et l'on se contente du concours de trois preuves, « par titres, par experts, par témoins, parce qu'il est impossible d'en imaginer « une quatrième. »

Tous les moyens prescrits par l'art. 195, dit M. THOMINE DESMAZURES, peuvent être employés simultanément, ou les uns après les autres, le tribunal, après avoir ordonné un rapport d'experts et quel qu'en soit le résultat, ne sera point empêché d'admettre une preuve par témoins ; et réciproquement, quoique, en matière de vérification d'écritures, on ne puisse faire entendre des témoins après le délai fixé par le juge, on ne serait pas pour cela déchu de faire procéder à la vérification par experts. Nîmes, 2 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 308). L'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 919, et RAUTER, p. 209, s'appuie encore d'un grand nombre d'arrêts qui l'ont ainsi jugé. Colmar, 12 juill. 1807 ; Liége, 15 déc. 1810 ; Besançon, 28 juill. 1818 et 5 août 1819 ; Angers, 5 juill. 1820 (*J. Av.*, t. 22, p. 414 et suiv). *Cass.* 13 nov. 1816 (t, 22, p. 440). *V.* la *Quest.* 855.

M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 428, n'admet la possibilité d'ordonner *ex post facto* une preuve par témoins que lorsque le rapport des experts n'est pas concluant. Il s'appuie d'un arrêt de la Cour de Paris du 26 prairial an XII (*J. Av.*, t. 22, p. 406) ; mais on peut citer en sens contraire, indépendamment des arrêts ci-dessus, Paris, 22 flor. an XI ; Rouen, 6 frim. an XIV : Nîmes, 2

(1) On peut dire néanmoins que, dans le conflit des divers genres de preuve, et dans l'incertitude qui pourrait en résulter, il est du devoir du juge de donner la préférence à la preuve résultant des titres par lesquels la partie aurait formellement reconnu l'écrit, ou fait des conventions qui en supposeraient l'existence ; qu'il doit ensuite avoir égard aux déclarations positives des témoins sur des faits relatifs à la confection de l'acte (*V.* art. 211), de préférence aux apurements donnés par des experts, après comparaison de l'écriture. Cette dernière preuve est, de toutes celles qui sont admises en justice, la plus conjecturale.

Aussi la Cour de Paris, par arrêt du 30 germinal an 11 (*J. Av.*, t. 22, p. 403), ne balança-t-elle pas, dans une affaire où il y avait concours de la preuve par témoins et de la preuve par experts, à se déterminer par la première ; et tous les auteurs ont émis la même opinion. — *V. une dissertation insérée, à la suite de l'arrêt précité, dans le Journal du Palais*, 1re éd., 2e sem. an 11, pag. 369 ; DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 257 et suiv., et surtout le *Traite du droit civ.* par M. *Toullier*, t. 8, n. 213, 214, et 233-238. [*V.* aussi M. BONCENNE, t. 3, p. 478, et notre *Quest.* 854 *bis*.]

déc. 1806; Liège, 11 déc. 1810 et 29 mars 1811; Toulouse, 1er mai 1817, et Caen, 2 avril 1817. Tous ces arrêts sont rapportés au *J. Av.*, t. 22, p. 405 et suiv.

De ce que les trois genres de preuve peuvent être employés cumulativement, il ne s'ensuit pas que leur concours soit exigé. Liège, 27 mars 1811; Angers, 5 juill. 1820 (*J. Av.*, t. 22, p. 415 et 417), et encore Liège, 15 déc. 1819 (t. 22, p. 448); Rennes, 24 juill. 1812 et 22 juill. 1816 (t. 22, p. 435); Montpellier, 3 mars 1828 (*S.*, t. 28, 2e part., p. 153); Lyon, 16 août 1826 (*J.* de cette Cour, 1826, p. 275). Mais dans le concours de ces preuves, laquelle devra l'emporter? En cette matière tout dépend des circonstances dont la variété est infinie. Cependant en règle générale, la preuve par titres mérite plus de confiance que celle par témoins, et celle-ci l'emporte à son tour sur la vérification par experts. C'est l'opinion de MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 444; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 919; BONCENNE, t. 3, p. 475 et DEMIAU CROUZILHAC, p. 167. *V.* la *Quest.* 853. Un arrêt de la Cour de cass., du 19 déc. 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 117), a résumé toutes ces questions en décidant qu'on peut ordonner la vérification d'une lettre de change par témoins, concurremment à une expertise, en cas de discord donner la préférence à l'enquête, et compléter la preuve par le serment du porteur.]]

Au reste, dans l'absence d'un des trois genres de preuve prescrits par l'art. 195, un seul suffit pour déterminer la décision, et la preuve testimoniale ne peut, en matière de vérification, avoir d'autre objet que la vérité de l'écriture, et non pas isolément la vérité de la dette. En effet, la loi rejette la preuve testimoniale pour somme excédant 150 fr., en sorte que, si l'on se bornait à demander à prouver par témoins, ou que ceux-ci se bornassent à déclarer que le défendeur a reconnu l'obligation, sans parler de l'acte ni en constater autrement la vérité, cette preuve serait inadmissible ou *inconcluante*. C'est par cette raison que l'art. 212 veut que, lors de l'audition des témoins, les actes leur soient représentés et paraphés par eux (1).

[[Ainsi la vérification par témoins peut être ordonnée encore qu'on attaque une obligation dont la valeur excède 150 fr. : car il ne s'agit pas d'établir, par témoins et directement, la vérité de la dette; les témoins ne seront interrogés que sur des faits tendant à prouver que le déniant est bien l'auteur du billet; une fois cette preuve faite, on ne pourra pas dire que l'obligation ne repose que sur la preuve testimoniale, puisqu'elle aura pour base un écrit désormais reconnu. Aussi les juges n'auraient aucun égard aux dépositions des témoins s'ils venaient dire qu'ils ont entendu le défendeur avouer la dette, ou qu'ils ont vu le demandeur prêter la somme qu'il réclame : on n'écoutera, suivant l'art. 211, que ceux qui auront vu *écrire* ou *signer l'écrit* en question, ou qui auront connaissance de faits pouvant servir à découvrir la vérité. *V.* notre *Question* 854 *bis*, et M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 357. Le même auteur, p. 378, ajoute que le fait, que le débiteur a reconnu la dette, quoiqu'il ne dût pas être admis en preuve, seul et isolé d'autres faits tendant à constater la vérité de l'acte, peut y être joint comme fait secondaire et accessoire. Cette opinion nous paraît un peu hasardée, et nous croyons que les juges doivent user, en cette matière, de la plus grande réserve. Notre doctrine est encore reproduite par M. BONCENNE, t. 3, p. 477.

---

(1) Nous remarquerons en outre que, la loi n'exigeant pas absolument le concours des trois modes de vérification, un tribunal peut se borner à ordonner qu'elle sera faite par *témoins*, sauf à la partie, comme nous le dirons sur l'art. 212, à demander autorisation pour procéder par un autre des trois modes, s'il y a lieu. (Rennes, 22 avril 1816, *J. Av.*, t. 22, p. 436.)

M. PIGEAU. *Comm.*, t. 1, p. 128, se demande s'il n'est pas dangereux de prouver ici par témoins. Suffira-t-il donc de fabriquer un billet de dix mille francs? A l'aide de deux faux témoins on fera payer cette somme? Le même auteur répond qu'il sera plus facile de prouver la fausseté des dépositions que si le prêt avait été fait sur parole. La comparaison des écritures en fournira le moyen, et, dans le cas où le jugement serait contre le prétendu débiteur, ce dernier pourra encore s'inscrire en faux (art. 214) contre le billet, même vérifié.

D'ailleurs l'inconvénient existerait-il, n'y en aurait-il pas un bien plus grand à favoriser la mauvaise foi d'un débiteur qui dénierait sa signature, à priver le créancier, qui s'est conformé à la loi en exigeant un écrit, du bénéfice de cet écrit, et à rendre sa créance impossible à établir, parce qu'il plaira au débiteur de nier sa signature? Il serait trop facile alors de se soustraire même aux obligations pour lesquelles les prescriptions légales ont été remplies.

Par un arrêt du 19 frim. an XIV, déjà rapporté *suprà* (*J. Av.*, t. 22, p. 409), la Cour de cassation avait décidé que, sous l'ancienne ordonnance, lorsque la somme qui faisait l'objet du litige dépassait cent livres, la preuve testimoniale ne pouvait suppléer la vérification par experts: nous ne pensons pas qu'elle persistât aujourd'hui dans sa jurisprudence.]] **Supp. alph.**, V° *Vérification d'écriture*, n. 86, 239. Jurisp. contr.

[[**804** bis. *Lorsqu'une pièce contenant élection de domicile attributive de juridiction est déniée, le tribunal du domicile élu devant lequel la dénégation est faite peut-il connaître de la vérification?*

La négative résulte de deux arrêts de la Cour supérieure de Bruxelles, en date des 5 et 21 octobre 1815 (*Journ. des arrêts* de cette Cour, t. 2 de 1815, p. 184 et 189). Nous approuvons ces décisions par ce motif que, quand la signature ou l'écriture sont déniées, ce n'est pas seulement la sincérité de la dette qui se trouve contestée, mais aussi celle de toutes les clauses de l'acte; la clause donc qui contient élection de domicile ne saurait produire aucun effet jusqu'après vérification. Le tribunal d'élection n'est pour ainsi dire qu'un tribunal d'exception qui ne peut juger qu'en vertu d'une attribution non contestée.]]

[[**804** ter. *Dans l'enquête qui a lieu pour une vérification d'écriture, comment faut-il calculer les délais de l'art. 257?*

Souvent, le jugement qui ordonne la vérification se borne à énoncer qu'elle aura lieu tant par titres que par experts et par témoins. Mais, aux termes de l'art. 255 du Code de proc. civ., tout jugement qui ordonne une enquête doit contenir les faits à prouver, et, d'après l'art. 257, l'enquête doit être commencée dans la huitaine à partir de la signification du jugement. Or, tous ces articles sont applicables aux enquêtes qui ont lieu en matière de vérification d'écriture, c'est la disposition finale de l'art. 212.

On peut partir de ces considérations pour demander, 1° si, lorsqu'un premier jugement n'a pas détaillé les faits, il est nécessaire, pour administrer la preuve testimoniale, d'en provoquer un second qui supplée à cette omission; 2° si, par conséquent, le délai de huitaine ne doit pas courir tant que le second jugement n'a pas été rendu et signifié.

Dans l'opinion de ceux qui voudraient se montrer indulgents pour la supputation des délais, on dirait que le jugement qui s'exprime d'une manière aussi vague, *tant par titres que par experts et par témoins*, est bien un jugement qui ordonne la vérification d'écriture et qui indique les moyens éventuels dont on pourra se servir pour la faire, mais que ce n'est pas le jugement spécial dont parle l'art. 255 qui est le préliminaire obligé, et, pour ainsi dire, l'ou-

verture d'une procédure d'enquête; que, d'après l'art. 255, le jugement qui ordonne une preuve testimoniale doit contenir les faits à prouver, afin que la notification du dispositif fasse connaître aux témoins l'objet sur lequel ils ont à déposer; qu'il serait par conséquent inexécutable, en tant qu'on le considérerait comme ordonnant une enquête, celui qui s'exprimerait avec aussi peu de précision; qu'il faut donc admettre la nécessité d'un second jugement; d'où l'on tirerait l'inévitable conséquence que le délai ne part que de la signification de ce second jugement, parce que c'est là véritablement celui qui ordonne l'enquête, tandis que l'autre ne faisait que l'autoriser; telle est la doctrine professée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 379, et consacrée par un arrêt de la Cour de Bruxelles le 20 novembre 1822. (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1822, p. 319.)

Cependant nous ne croyons pas devoir l'embrasser. Il nous semble inexact de dire que les faits à prouver doivent nécessairement être indiqués d'une manière plus précise que par ces mots: *établir la vérité de l'écrit méconnu.* Quoique ce soit là un fait moral, pour ainsi parler, qui, dans toute autre circonstance, pourrait bien être déclaré inadmissible, comme trop peu précisé, il n'en est pas de même dans la matière qui nous occupe, parce que la loi elle-même prend soin de nous indiquer, dans l'art 211, les principaux faits sur lesquels devront déposer les témoins dans une enquête en vérification d'écriture. Leur pertinence étant dès lors suffisamment constatée, le jugement est censé s'en référer à cette indication, lorsqu'il n'en contient point de plus détaillée, et satisfaire ainsi au vœu de l'art. 255. Cette manière d'expliquer la loi nous semble préférable à celle qui, exigeant deux jugements successifs, oblige les parties à doubler les frais; aussi est-elle approuvée par MM. PICEAU, *Comm.* t. 1, p. 442; DALLOZ, t. 12, p. 951, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 922.

La Cour de Bruxelles l'a adoptée, le 10 mai 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1827, p, 355), ainsi que la Cour de Liége, par arrêt du 11 décembre 1810, rapporté par M. DALLOZ au t. 12, p. 951, note.

La Cour de Paris avait aussi jugé, le 10 fév. 1809 (*J. Av.*, t. 22, p. 422), que l'arrêt qui ordonne la vérification d'une signature *en la forme de droit* est censé comprendre les trois genres de preuve, et faire courir par conséquent les délais de l'enquête. M. Carré rapporte cet arrêt, en l'approuvant, à la note de la *Question* 855.

Enfin cette doctrine est sanctionnée par un arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1816 (*J. Av.*, t. 11, p. 154), qui casse un arrêt de la Cour de Colmar, par lequel il avait été décidé que le jugement ordonnant la vérification de la signature, *tant par titres que par experts et par témoins*, n'avait pu faire courir les délais de l'art. 257.

Ces autorités et ces motifs nous semblent suffisants pour convaincre que le délai de l'enquête n'est point suspendu jusqu'après l'expertise, lorsque l'une et l'autre voies ont été ordonnées simultanément.

Au reste, dans le cas où, après une expertise insuffisante, un second jugement ordonne la preuve par témoins qui jusque-là avait été réservée, il est bien certain que le délai ne peut courir qu'à dater de la signification de ce jugement; c'est ce que font observer tous les auteurs cités plus haut. Mais cette dernière phase de la question se rattache intimement à la solution de la *Question* 855.]] **Supp, alph.**, v° *cit.*, n. 90.

ART. 196. Le jugement qui autorisera la vérification ordonnera qu'elle sera faite par trois experts, et les nommera d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer. Le même jugement commettra le juge devant qui la vérification se fera; il portera

aussi que la pièce à vérifier sera déposée au greffe, après que son état aura été constaté, et qu'elle aura été signée et paraphée par le demandeur ou son avoué, et par le greffier, lequel dressera du tout un procès-verbal.

Tarif, 92.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 254 à 255, nos 8 à 15.]—Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 8 et 11.—Cod. de proc., art. 219, 225, 227, 303, 305.—Cod. d'inst. crim., art. 448.—[Notre Dict. gén. de proc., vo *Vérif.*, nos 37, 46, 47, 48 et 93.—Devilleneuve, vo *Vérif.*, no 19.—Arm. Dalloz, vo *Vérif.*, nos 38 à 43.—Locré, t. 21, p. 446 et 599.—QUESTIONS TRAITÉES : Si l'une des parties avait nommé un expert, le juge n'aurait-il à nommer d'office que les deux autres? *Q.* 805.—La nomination d'office des trois experts est-elle définitive? *Q.* 806.—Les parties pourraient-elles convenir d'un seul expert, aux termes de l'art. 303? *Q.* 806 *bis*.—Le jugement qui ordonne la vérification doit-il fixer le délai dans lequel le demandeur devra déposer la pièce? *Q.* 807.—Le juge-commissaire doit-il parapher la pièce? *Q.* 808.—Le défendeur doit-il être sommé d'assister au procès verbal du dépôt de la pièce? *Q.* 809.]

CLIV. L'ART. 196 et les suivants règlent particulièrement la procédure concernant la vérification par experts, non parce que ce moyen est le plus infaillible, mais parce qu'il est le plus souvent le seul qui soit praticable. Il faut d'abord fixer le choix des experts, auquel il est d'autant plus nécessaire d'apporter une scrupuleuse attention, qu'il est difficile de pénétrer la vérité en cette matière. (*V.* M. TOULLIER, t. 8, no 233). L'art. 196 veut qu'en ordonnant la vérification, le tribunal lui-même nomme trois experts, si les parties ne se sont pas accordées pour les nommer ; ainsi l'expertise se fait ou par les experts que le juge a nommés, ou par ceux que les parties ont désignés d'un commun consentement, et par le résultat d'un vœu unanime. L'article veut ensuite que l'acte à vérifier soit déposé au greffe : c'est l'intérêt de toutes les parties ; dès lors, en effet, qu'il est suspect, il devient le patrimoine de la justice, jusqu'à ce qu'elle ait prononcé sur son sort. (Rapp. au corps législ.)

805. *Si l'une des parties avait nommé un expert, le juge n'aurait-il à nommer d'office que les deux autres?*

Le juge ne devrait point s'arrêter à cette nomination faite par une partie seulement, et n'en ferait pas moins d'office le choix des trois experts, puisque la loi veut qu'il les nomme, lorsque les deux parties ne s'accordent pas pour les nommer elles-mêmes. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 198.)

[[Nous partageons cette opinion, ainsi que MM. DALLOZ, t. 12, p. 945, no 16, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920. *V.* la *Quest.* 1160 au titre de l'*Expertise*.]]

806. *La nomination d'office des trois experts est-elle définitive?*

C'est demander, en d'autres termes, si l'on doit appliquer à l'expertise ordonnée pour vérification d'écritures la disposition de l'art. 305, qui accorde aux parties un délai de trois jours, depuis le jugement, pour convenir d'autres experts que ceux qui ont été nommés par ce même jugement.

Nous répondons que le Code, au titre de la vérification d'écriture, établit une procédure spéciale, à laquelle on ne peut appliquer les dispositions faites pour les cas ordinaires qu'autant que la loi l'a dit expressément, comme elle l'a fait en l'art. 196. Il suit de cette observation que les parties ne peuvent convenir d'experts dès que, par un jugement qui ordonne la vérification, le tribunal en a nommé d'office.

[[M. PIGEAU, *Proc. civ.*, au no III de l'art. 1er du chapitre *De la Vérification*, est le seul de tous les auteurs qui enseigne une opinion opposée à celle qu'émet M. Carré; au reste il ne la motive point, et ne répond rien à cette raison donnée par les autres jurisconsultes, et qui nous paraît décisive, qu'en matière de vérification il a été prescrit des règles spéciales qu'il faut observer. Or

l'art. 196 contient, à notre avis, une véritable exception à la disposition générale de l'art. 305. *Voy.*, dans le même sens, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920; DALLOZ, t. 12, p. 945; DELAPORTE, t. 1, p. 198; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 358, et BONCENNE, t. 3, p. 498. Si donc les parties veulent être jugées par des experts convenus, il faut qu'elles se mettent d'accord sur le choix avant le jugement. Au reste, la nomination d'office faite dans ce jugement fait suffisamment présumer, de la part des parties, le refus ou la négligence d'y procéder elles-mêmes, sans que la Cour soit tenue d'en faire mention (*Cass.* 13 nov. 1816, *J. Av.*, t. 22, p. 441).]] **Supp, alph.**, V° *Vérification d'écriture*, n. 92.

[[**806** bis. *Les parties pourraient-elles convenir d'un seul expert, aux termes de l'art.* 303?

M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 429, se trouve encore ici en opposition avec l'opinion générale des auteurs. Il répond affirmativement à la question proposée; MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 358, et BONCENNE, t. 3, p. 498, professent la doctrine contraire. Nous embrassons ce dernier avis. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le titre qui nous occupe contient des règles toutes particulières à la matière qu'il traite, d'où il suit qu'il ne faut pas chercher à coordonner toutes ses dispositions avec celles du titre de l'*Expertise*. (*Voy.* toutefois notre *Quest.* 1217.) Au reste, le motif qui a fait insérer dans notre article des termes si formels, sur la nécessité de trois experts, c'est qu'on a pensé que ce n'était pas trop de la réunion de leurs lumières, dans une affaire si grave et pour une opération si conjecturale.]] **Supp.**, p 239. Auteur contraire.

807. *Le jugement qui ordonne la vérification doit-il fixer le délai dans lequel le demandeur devra déposer la pièce?*

La loi ne l'exige pas; mais il est à propos de le faire, afin de hâter la vérification, en offrant au défendeur un moyen de faire prononcer la déchéance du droit de procéder à cette vérification, si le demandeur négligeait de déposer dans le délai. (DEMIAU-CROUZILHAC, p. 158.)

[[Un arrêt de la Cour de Metz, du 5 février 1813 (*J. Av.*, t. 22, p. 438) a jugé qu'un tribunal ne peut, en fixant un délai dans lequel seront fournies les pièces de comparaison, prononcer à l'avance une déchéance contre celui qui n'aurait pas fait cette production dans le délai déterminé.

Cet arrêt n'est point en contradiction avec l'opinion de M. Carré, que nous adoptons : en effet, le tribunal peut bien, lorsque le demandeur ne satisfait pas au jugement qui ordonne la vérification, l'en déclarer déchu; mais il ne peut pas apprécier à l'avance les causes qui l'auraient empêché ou retardé.

Au reste, lorsque les juges n'ont point fixé de délai, et qu'aucune mise en demeure n'a été signifiée, celui qui a été admis à la vérification ne doit pas, par cela seul qu'il a négligé de faire les diligences nécessaires, être déchu du bénéfice du jugement, et par suite être débouté de sa demande ou de son exception. (Arrêt de la Cour de Bordeaux. *Gaz. des Trib.* du 29 oct. 1830.)

Mais, si le retard ou le refus de déposer la pièce était constaté par une sommation ou tout autre acte de mise en demeure, THOMINE DESMAZURES enseigne, avec raison (t. 1, p. 359), que la partie pourrait provoquer l'audience pour faire rejeter la pièce du procès; cette solution se fonde sur plusieurs dispositions analogues que nous aurons occasion d'examiner. *V.* nos *Quest.* 811 et suiv.]]

808. *Le juge commissaire doit-il parapher la pièce?*

La loi n'exige point encore cette formalité : on ne pourrait donc se plaindre

du défaut de paraphe du juge-commissaire; mais aussi nous pensons qu'on ne pourrait lui reprocher de l'avoir apposé; il conviendrait même qu'il le fît, afin d'ajouter encore à la certitude de l'identité de la pièce. (Comm. des *Ann. du Notariat*, t. 1, p. 396.) [[Cette décision nous paraît fort sage, ainsi qu'à MM. TROMINE DESMAZURES, t. 1, p. 359; DELAPORTE, t. 1, p. 199; et BONCENNE, t. 3, p. 499.]]

809. *Le défendeur doit-il être sommé d'assister au procès-verbal de dépôt de la pièce ?*

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat* estiment, t. 1, p. 396, que cette sommation n'est pas exigée, mais qu'il est bon de la faire. Dès qu'il s'agit, disent-ils, de vérifier l'état d'un écrit qu'une partie a désavoué ou qu'elle a déclaré ne pas reconnaître, il est dans l'ordre qu'elle puisse voir si la pièce qu'on constate et dépose est réellement la même que celle sur laquelle cette même partie a fourni sa déclaration.

Nous trouvons que l'art. 198 remplit suffisamment cet objet. Cependant, comme la loi ne défend point formellement d'appeler le défendeur au procès-verbal de dépôt, comme le demandeur peut y trouver quelque intérêt, en ce qu'il ferait par ce moyen courir le délai fixé par l'art. 198 du jour même du dépôt, ainsi que le porte cet article, nous pensons que la loi ne lui interdit point de sommer le défendeur d'assister au procès-verbal de ce dépôt.

Il y a plus : si le défendeur, en comparaissant sur cette sommation, paraphait de suite la pièce, il se rendrait non recevable à exciper de ce que l'ordonnance dont il est question en l'art. 199 aurait été obtenue avant l'expiration du délai fixé par l'art. 198.

Tout ce qui tend à hâter une décision et à économiser les frais, sans qu'une partie en souffre préjudice, est évidemment autorisé; or c'est ce que pourrait opérer la sommation dont nous venons de parler. Si le défendeur consentait à parapher la pièce, le procès-verbal en ferait mention, et par là rendrait inutile la signification de l'acte de dépôt, et le procès-verbal de communication que le greffier aurait à dresser, conformément à l'art. 198.

Mais, si le défendeur ne se présentait pas, ou n'apposait pas son paraphe, la sommation ne produirait aucun effet, ainsi que nous le dirons sur la 810e *Quest.* [[MM. DELAPORTE, t. 1, p. 199; et BONCENNE, t. 3, p. 499, partagent, comme nous, cette opinion.]]

ART. 197. En cas de récusation contre le juge-commissaire ou les experts, il sera procédé ainsi qu'il est prescrit aux tit. XIV et XXI du présent livre.

Tarif, 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 255, n° 16.] — Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 9.—C. proc., art. 308, 309, 310, 311, 378, 383, 384.

CLV. Nous verrons plus loin que les experts et les juges sont récusables, mais nous remarquerons dès ici que la récusation ne peut avoir lieu qu'à l'égard des experts nommés d'office, attendu que le juge a pu ignorer les justes motifs de suspicion qui pourraient réclamer contre son choix. Notre article veut qu'il soit procédé en cette matière suivant les règles générales posées aux titres *des récusations de juges*, et *des rapports d'experts*.

ART. 198. Dans les trois jours du dépôt de la pièce, le défendeur pourra en prendre communication au greffe, sans déplacement. Lors

de ladite communication, la pièce sera paraphée par lui, ou par son avoué, ou par son fondé de pouvoir spécial, et le greffier en dressera procès-verbal.

T 70, 92.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 254 et 255, n°s 14 et 15.]—Ord, de 1737, tit. 11, art. 8. 10 et 26, et tit. 3, art. 7.—Cod. proc., art. 196, 308, 378, 1033 —[Notre Dict. gén. de proc., v° *Vérif.*, n. 40 — Arm. Dalloz, v° *Vérif.*, n°s 46 à 49.—Locré, t. 21, p. 448, n. 106.—QUEST. TRAITÉES : Le délai de trois jours, donné au défendeur par l'art. 198 pour prendre au greffe communication de la pièce, courrait-il, dans tous les cas, du jour du dépôt même? *Q.* 810.—Si le défendeur ne prenait pas communication dans le délai fixé, serait-il déchu de cette faculté? *Q.* 811.—La communication peut-elle être donnée par le greffier seul et hors la présence du juge-commissaire? *Q.* 812.]

CLVI. D'après l'art. 196, le premier acte à faire en vertu du jugement qui ordonne la vérification est le dépôt au greffe de la pièce à vérifier. Ce dépôt est fait par l'avoué du demandeur en vérification, et le greffier en dresse un procès-verbal qui constate, en premier lieu, l'état apparent de la pièce (1), et où l'on fait en outre mention qu'elle a été signée et paraphée de l'avoué comparant, ou du demandeur lui-même, puis du greffier qui s'en est chargé comme dépositaire. Ce dépôt fait, l'avoué du demandeur en prévient son adversaire par une simple déclaration d'avoué à avoué, ou par exploit signifié au défendeur, si celui-ci n'a pas d'avoué constitué; enfin dans les trois jours du dépôt ainsi notifié, le défendeur, son avoué ou son fondé de pouvoir spécial, peut aller au greffe et prendre, sans déplacement, communication de la pièce à vérifier, qui, pour qu'on ne puisse élever, dans la suite, aucun doute sur son identité, est incontinent, et conformément à l'art. 196 ci-dessus, paraphée par celui qui s'est présenté pour en prendre communication; le greffier dresse du tout un second procès-verbal

810. *Le délai de trois jours, donne au défendeur par l'art.* 198 *pour prendre au greffe communication de la pièce courrait-il, en tous les cas, du jour du dépôt même?*

L'art. 198 suppose évidemment que le défendeur a eu connaissance du dépôt; or il ne peut être présumé l'avoir acquise qu'au moyen de la signification de l'acte qui constate ce dépôt, signification prescrite par l'art. 70 du tarif : ce ne pourra donc être qu'à compter du jour de cette signification que courra le délai dont il s'agit. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 304, et DEMIAU CROUZILHAC, p. 159.)

Mais si le défendeur avait été sommé, comme nous l'avons dit sur la 809e *Quest.*, d'assister au procès-verbal du dépôt, et qu'il eût obéi à cette sommation, on sent que le délai courrait du jour de ce procès-verbal, puisqu'il deviendrait inutile en ce cas de lui signifier le dépôt

Il n'en serait pas de même s'il n'avait pas comparu sur la sommation. Cette sommation, que la loi n'exige point, lui annonce bien que le dépôt doit avoir lieu, mais ne lui prouve point qu'il ait été fait, et ne peut conséquemment le priver de l'avantage d'un délai que la loi ne fait courir qu'à partir d'un acte qui lui fournisse cette preuve (2)

(1) *L'état de la pièce*, c'est-à-dire le nombre de rôles dont elle est composée, la dimension du papier, la mention du timbre et de l'enregistrement, les ratures ou surcharges qu'on y remarque, les détériorations qu'elle a pu subir par le temps, l'humidité, le feu, etc.

(2) Les auteurs du commentaire inséré aux *Annales du Notariat* sont d'un sentiment opposé; mais, outre les raisons que nous venons de donner, ce qui nous détermine à persister dans le nôtre, c'est qu'une sommation que le demandeur en vérification fait pour son propre intérêt, et autant qu'il ne préjudicie point à celui du défendeur, ne peut être opposée à ce dernier, et doit

[[Même solution, et avec raison, de la part de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 430; DELAPORTE, t. 1, p. 199; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920; DALLOZ, t. 12, p. 941, n° 20; et THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 360.]]

811. *Si le défendeur ne prenait pas communication dans le délai fixé, serait-il déchu de cette faculté?*

Nous ne doutons pas qu'il ne pût prendre communication aussi longtemps que le demandeur n'aurait pas mis à exécution l'ordonnance dont il est question en l'art. 199.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 430; DELAPORTE, t. 1, p. 200; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920; BONCENNE, t. 3, p. 501; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 360, et DALLOZ, t. 12, p. 945, sont unanimes pour décider, avec M. Carré, que le délai de trois jours n'est que comminatoire. Nous nous rangeons sans hésiter à leur avis. *V.* la *Quest.* 807.]]

812. *La communication peut-elle être donnée par le greffier seul, et hors la présence du juge-commissaire?*

L'art. 6 du tit. 12 de l'ordonnance exigeait la présence du juge-commissaire. Il faut conclure du silence de l'art. 198 du Code que le législateur a entendu abroger cette ancienne disposition. [[Ce qui a lieu dans la pratique est conforme à ce sentiment, que partage M. DALLOZ, t. 12, p. 945.]]

ART. 199. Au jour indiqué par l'ordonnance du juge-commissaire, et sur la sommation de la partie la plus diligente signifiée à avoué, s'il en a été constitué, sinon à domicile, par un huissier commis par ladite ordonnance, les parties seront tenues de comparaître devant ledit commissaire, pour convenir des pièces de comparaison : si le demandeur en vérification ne comparaît pas, la pièce sera rejetée; si c'est le défendeur, le juge pourra tenir la pièce pour reconnue. Dans les deux cas, le jugement sera rendu à la prochaine audience, sur le rapport du juge-commissaire, sans acte à venir plaider : il sera susceptible d'opposition.

Tarif, 70, 92. — [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 255 et 256, n°s 17 à 25.] — Ord. de 1737, tit. II, art. 33, et tit. III, art. 7 et 8. — C. de Proc., art. 214. — [Notre Dictionnaire général de Proc., v° *Vérification*, n°s 25, 84 à 86. — Devilleneuve, v° *Vérification*, n°s 23 et 24. — Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 3, t. 3; *Q.* 464, tit. 6, p. 428, éd. in-8°. — Locré, t. 21, p. 448 et 601. — QUESTIONS TRAITÉES : La faculté donnée au juge de tenir la pièce pour reconnue, doit-elle être restreinte au cas où l'écriture serait attribuée au défendeur? *Q.* 813. — L'opposition au jugement rendu sur le rapport du juge-commissaire, à l'occasion du défaut d'une des parties, suffit-elle pour qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet de convenir des pièces de comparaison? *Q.* 814.] (1).

---

conséquemment être considérée comme non avenue, s'il n'y a pas obtempéré : il faudra donc, en cette circonstance, lui signifier l'acte de dépôt, et le délai ne courra, comme à l'ordinaire, qu'à partir de cette signification.

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

L'art. 199 du Code de procédure, portant que, si le demandeur en vérification d'écriture ne comparaît pas au jour indiqué pour convenir des pièces de comparaison, la pièce sera rejetée, doit être entendu en ce sens que le demandeur n'est pas tenu de comparaître en personne, et qu'il peut être valablement représenté par son avoué. (Colmar, 9 mai 1818; *S.*, 1818-2-357, et *J. Av.*, t. 22, p. 447.) Telle est aussi l'opinion de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920, n. 1.]

CLVII. La vérification par experts consiste à comparer les écriture ou signature de la pièce douteuse avec les écritures ou signatures d'autres pièces non douteuses, pour, des rapports de ressemblance ou dissemblance découverts entre les unes et les autres, conclure la vérité ou la fausseté de la pièce à vérifier. Cette opération ne peut donc être faite qu'autant qu'on a des pièces de comparaison incontestables ou non contestées, et, par conséquent, il faut d'abord que les parties conviennent de ces pièces, ou que, faute par elles de s'accorder sur ce premier point, le juge prononce ainsi qu'il est dit en l'article suivant. Dans cette vue, l'art. 76 du tarif veut que la partie la plus diligente présente au juge-commissaire, par le ministère de son avoué, une requête non grossoyée, sur laquelle ce magistrat rend une ordonnance portant autorisation de sommer le défendeur de comparaître devant lui aux jour et heure qu'il indique, pour convenir des pièces de comparaison. Cette ordonnance étant enregistrée est signifiée au défendeur avec sommation de se présenter. A cet effet, soit que les deux parties comparaissent, soit que l'une d'elles ne se présente pas, le juge dresse son procès-verbal, d'après lequel, dans le dernier cas, il fait son rapport à l'audience où le tribunal devra prononcer les effets attachés par l'art. 199 au défaut, soit du demandeur, soit du défendeur. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 160.) (1)

813. *La faculté donnée au juge de tenir la pièce pour reconnue, doit-elle être restreinte au cas où l'écriture serait attribuée au défendeur ?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 202, résout affirmativement cette question. « La disposition de l'art. 199 s'explique, dit-il, par l'art. 7 du tit. 12 de l'ordonnance, « qui portait que, si l'on prétendait que l'écriture fût de la main du défendeur, « elle serait tenue pour reconnue, et que, si elle était d'une autre main, on procèderait à la vérification. »

Ainsi, le profit du défaut ne consisterait, en ce dernier cas, qu'en ce que la vérification serait faite sur les pièces de comparaison indiquées par le demandeur.

Nous opposons que la loi n'a point distingué, et que c'est précisément parce

---

(1) Quand les deux parties comparaissent devant le juge-commissaire au jour fixé par son ordonnance, le demandeur en vérification indique les pièces qu'il entend proposer aux experts comme pièces de comparaison; le défendeur les admet ou rejette en totalité ou en partie, ou même en propose d'autres, si bon lui semble, et le juge tâche d'accorder les parties. S'il y réussit, il en fait mention détaillée dans son procès-verbal, et, dans le cas contraire, il peut, il doit même décider, en se conformant à l'art. 200, quelles sont, parmi ces pièces, celles qu'il convient d'admettre ou de rejeter.

Dans le cas où l'une ou l'autre des parties laisse défaut devant le juge-commissaire, le procès-verbal ne doit que mentionner ce défaut; car ce n'est pas à lui, c'est au tribunal qu'il appartient de prononcer les effets que doit entraîner ce défaut. Le mot *Juge* ne nous paraît en effet avoir été employé que pour désigner le tribunal entier, et tel est aussi le sentiment de M. PIGEAU, t. 1, p. 307, et de M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 270, note 22.

Ainsi, lorsque c'est le demandeur en vérification qui a fait défaut devant le juge-commissaire, le tribunal, devant présumer qu'il abandonne sa demande, ordonne que la pièce à vérifier sera rejetée; lorsque c'est le défendeur, la loi, quoique en général elle fasse un devoir aux tribunaux de n'admettre une demande qu'après l'avoir vérifiée, leur laisse néanmoins, par l'art. 199, la faculté de tenir la pièce pour reconnue, sans autre vérification; faculté dont la prudence doit régler l'usage, mais sur laquelle nous ferons observer que le tribunal ferait toujours bien d'ordonner la vérification, toutes les fois que l'intérêt public ou celui d'un tiers ou d'un incapable se trouverait compromis. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 308). [Ces principes sont également professés par tous les auteurs, et notamment par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 361, et BONCENNE, t. 3, p. 502 et 503. *V.* au reste la *Quest.* 800 *ter.*]

que le législateur a substitué, dans le Code, des expressions générales aux expressions limitatives de l'ordonnance, que l'on doit croire qu'il a eu l'intention de proscrire la distinction que M. Delaporte reproduit. [[L'opinion de M. Carré nous paraît fondée.]]

814. *L'opposition au jugement rendu sur le rapport du juge-commissaire, à l'occasion du défaut d'une des parties, suffit-elle pour qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet de convenir des pièces de comparaison ?*

Nous pensons qu'il faut que le tribunal statue sur l'opposition, parce qu'à lui seul appartient de rétracter le jugement qu'il a rendu. Jusque-là le juge-commissaire demeure sans qualité pour donner suite à la vérification. Ainsi, le tribunal, après avoir admis les moyens d'opposition, qui ne peuvent guère être fondés que sur l'impossibilité où la partie se trouvait de comparaître, ou sur le défaut de signification de l'ordonnance, renverrait à se pourvoir devant le juge-commissaire (1).

[[Quoique M. DELAPORTE, t. 1, p. 203, semble être d'un avis contraire à celui de M. Carré, nous adoptons ce dernier sentiment qui ne nous paraît pas souffrir de difficulté, et qui est partagé par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 362 ; DALLOZ, t. 12, p. 945 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920, et BONCENNE, t. 3, p. 504.]]

ART. 200. Si les parties ne s'accordent pas sur les pièces de comparaison, le juge ne pourra recevoir comme telles :

1° Que les signatures apposées aux actes pardevant notaires, ou celles apposées aux actes judiciaires en présence du juge et du greffier, ou enfin les pièces écrites et signées par celui dont il s'agit de comparer l'écriture, en qualité de juge, greffier, notaire, avoué, huissier, ou comme faisant, à tout autre titre, fonction de personne publique ;

2° Les écritures et signatures privées, reconnues par celui à qui est attribuée la pièce à vérifier, mais non celles déniées ou non reconnues par lui, encore qu'elles eussent été précédemment vérifiées et reconnues être de lui.

Si la dénégation ou méconnaissance ne porte que sur partie de la pièce à vérifier, le juge pourra ordonner que le surplus de ladite pièce servira de pièce de comparaison.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 255 et 256, nos 17 à 25.] — Ord. de 1737, tit. I, art. 13, 14 et 15. — Ord. de 1670, tit. VIII, art. 5. — Cod. de P., art. 236. — Cod. d'instruc. crim., art. 453, 456. — [Notre Dictionnaire gén. de procéd., v° *Vérification*, nos 64 à 73, 76 à 83, 93 à 95. — Devilleneuve, v° *Vérification*, nos 24, 25, 26. — Armand Dalloz, nos 52 à 72. — Locré, t. 21, p. 285, 450, 451, 452, 601. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque les parties conviennent à l'amiable des pièces de comparaison, ou lorsqu'étant en présence l'une de l'autre, elles ne s'accordent pas à ce sujet, faut-il qu'il soit rendu jugement qui déclare quelles seront celles qui serviront à la comparaison ? *Q.* 815. — La prohibition de recevoir des pièces de comparaison autres que celles qui se trouvent désignées dans l'art. 200 ne s'applique-t-elle qu'aux opérations des experts, ou bien s'étend-elle encore au tribunal, en ce sens qu'il ne puisse taxativement asseoir sa décision que sur les pièces soumises aux experts ? *Q.* 815 *bis*. — Le juge-commissaire pourrait-il admettre, pour pièces de comparaison, des actes authentiques autres

---

(1) Mais nous devons remarquer que les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du notariat*, t. 1, p. 400, semblent dire qu'il suffit d'une opposition faite en temps utile, pour que l'on puisse s'adresser incontinent au juge-commissaire, afin d'obtenir une nouvelle ordonnance. Les raisons ci-dessus déduites nous paraissent devoir porter à admettre l'opinion contraire, et, par conséquent, on appliquerait à l'opposition au jugement dont parle l'art. 199 les principes qui régissent celle qui serait formée contre tout autre jugement rendu par défaut.

que ceux dressés par un notaire? *Q.* 816. — Un procès-verbal dressé en bureau de paix, et signé par la partie, pourrait-il être admis comme pièce de comparaison? *Q.* 817. — En serait-il de même des registres de l'état civil? *Q.* 818. — Pourrait-on recevoir la signature apposée à un acte fait en présence du juge ou du greffier seulement? *Q.* 819. — Admettrait-on pour comparaison des pièces que les lois anciennes déclareraient authentiques, mais auxquelles les lois actuelles n'attribueraient pas ce caractère? *Q.* 820. — De ce que la loi autorise à admettre les pièces écrites et signées par la partie en qualité de fonctionnaire ou d'officier public, s'ensuit-il rigoureusement que la pièce doive tout à la fois être écrite et signée par elle? *Q.* 821. — S'il s'agissait de s'assurer qu'un acte a été écrit en entier de la main de la personne à laquelle on attribue l'écriture, de simples signatures apposées à des actes, d'ailleurs admissibles, pourraient-elles suffire pour vérifier le corps entier de l'écriture? *Q.* 822. — Quelles sont les écritures et signatures privées que l'on peut admettre pour pièces de comparaison, comme ayant été reconnues par celui à qui la pièce à vérifier est attribuée? *Q.* 823. — Comment s'entendent les mots RECONNUS ÊTRE DE LUI, qui terminent le § 2 de l'article? *Q.* 824. — De plusieurs pièces présentées pour servir à la comparaison, quelles sont celles que le juge-commissaire doit admettre de préférence? *Q.* 825. — Le mot *pourra*, employé dans la dernière disposition de l'art. 200, exprime-t-il seulement que le juge-commissaire est autorisé à admettre, pour comparaison de la partie d'une pièce sur laquelle porte la dénégation ou la méconnaissance, le surplus de cette pièce qui n'est ni dénicé ni méconnue? *En d'autres termes* : Le juge n'a-t-il pas la faculté ou d'admettre le surplus de la pièce, pour servir à la comparaison de la partie déniée ou méconnue, ou d'exiger d'autres pièces? *Q.* 826. — Peut-on se pourvoir contre l'ordonnance par laquelle le juge-commissaire aurait admis, pour pièces de comparaison, des écritures et signatures qui ne seraient pas au nombre de celles que la loi désigne? En cas d'affirmative, quelle sera la voie que devra prendre la partie intéressée à faire réformer cette ordonnance? *Q.* 827. — Quelles ressources aurait-on pour vérifier l'écriture, si, ne pouvant fournir la preuve par témoins, le demandeur se trouvait également dans l'impuissance de présenter des pièces de comparaison ayant le caractère exigé par l'art. 200? *Q.* 828.] (1)

CLVIII. Dans une opération qui consiste à juger de l'inconnu par le connu, on sent qu'il faut partir d'une base incontestable, et qu'une pièce qui aurait besoin d'être vérifiée ne peut devenir le type d'une vérification, si les parties ne tombent pas d'accord à cet égard. C'est par ce motif que la loi veut ici que, faute par les parties de s'accorder, le juge ne puisse recevoir comme pièces de comparaison que celles qu'elle indique, tandis que l'accord volontaire des parties pourrait tomber sur toutes sortes d'écritures privées. Ainsi, le législateur n'a autorisé à admettre, pour pièces de comparaison, que celles à l'égard desquelles il ne peut y avoir aucun doute qu'elles n'aient été écrites ou signées par celui dont l'écriture ou la signature est deniée. Or ce doute n'existe pas, si la présence d'un officier public, dans l'exercice de ses fonctions, atteste la vérité de la pièce, ou si, présentée par le demandeur, elle est reconnue par le défendeur; mais ce doute peut exister encore si la pièce n'a été reconnue qu'après vérification, non par la partie, mais par des experts. Tel est l'hommage que la loi rend elle-même à l'incertitude des moyens qu'elle adopte pour découvrir la vérité. (*V. Rapp. au Corps législ.*)

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° La partie admise à une vérification d'écritures est encore recevable, après avoir une première fois présenté des pièces de comparaison qui ont été rejetées par le juge, à en produire ensuite d'autres nouvellement découvertes, surtout lorsque le juge n'avait point fixé le terme pendant lequel la vérification devait être faite, et que la cause se trouve encore en instruction et non disposée à recevoir un jugement définitif sur le fond. (Bruxelles, 6 déc. 1826, *J. Arr.*, de cette Cour, t. 1er de 1827, p. 30.)

2° Il en est de même si la partie a été chargée, par le même jugement, de rapporter d'autres preuves, et si ce n'est qu'après avoir procédé à ces autres preuves qu'elle veut revenir, à l'aide de pièces nouvellement découvertes, à la vérification d'écriture qui se trouvait la première dans l'ordre de preuves ordonnées (même arrêt).

3° Une lettre de cachet peut servir comme pièce de comparaison pour vérifier les écriture et signature d'un ancien ministre, dans un testament olographe. (Paris 28 juin 1808; *J. Av.*, t. 22, p. 421.)

4° Des notes paraphées sur des actes ministériels et existant dans un dépôt public sont aussi des pièces de comparaison (même arrêt).

5° Un certificat délivré par un médecin en sa qualité de préposé à la vérification des infirmités, relativement à la milice, doit être admis comme pièce de comparaison. (Liége, 12 déc. 1822; *J. Arr.*, de la Cour de Bruxelles, 1823, t. 2, p. 228.)]

815. *Lorsque les parties conviennent à l'amiable des pièces de comparaison, ou lorsqu'étant en présence l'une de l'autre, elles ne s'accordent pas à ce sujet, faut-il qu'il soit rendu jugement qui déclare quelles seront celles qui serviront à la comparaison ?*

Il est évident, d'après les termes de l'art. 200, que tout ici est abandonné à l'arbitrage du juge-commissaire, sauf le pourvoi dont nous parlerons sur la 827e *Question.*

Nous nous proposons, au reste, de développer, sur l'art. 236, les raisons qui nous portent à croire que l'on ne peut, en raisonnant par induction de certaines expressions de cet article, maintenir que le tribunal doive toujours rendre jugement pour tenir les pièces reçues.

[[L'opinion de M. Carré est adoptée par MM. LEPAGE, p. 179; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 180, et PIGEAU, *Pr. civ.*, nos 10 et 11 de l'art. 3 du chapitre *De la Vérification*, et appuyée d'un arrêt de la Cour d'Angers du 28 mai 1806 (*J. Av.*, t. 22, p. 410). Mais le sentiment presque unanime des auteurs qui ont écrit depuis est entièrement opposé. Nous pensons, avec ces derniers, que le juge-commissaire ne peut prononcer seul sur l'admissibilité ou le rejet des pièces de comparaison. Le mot *juge*, employé au singulier par l'art. 200, ne peut être d'aucun poids pour la decision, puisque l'art. 199 contient la même expression, qu'on est bien forcé d'entendre, en ce cas, du tribunal entier. Au reste, il résulte bien clairement, de l'ensemble des dispositions du Code, que toutes les fois que le législateur a confié à un juge-commissaire certaines opérations, il n'a voulu lui donner qu'un simple pouvoir d'instruction, et non la faculté de juger; ainsi, en matière d'enquête, il est tenu d'en référer au tribunal pour le jugement des reproches. La non admission, par l'une des parties, des pièces de comparaison n'a-t-elle pas la plus parfaite analogie avec les reproches dirigés contre les témoins? Enfin, et pour dernière raison, les travaux préparatoires du Code ne nous apprennent-ils pas que, sur l'observation du tribunat qui voulait éviter toute amphibologie, le mot de *commissaire* fut ajouté à celui de *juge* dans tous les articles de ce titre où le législateur entendait parler du commissaire seul? (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 451 et 452.) Si donc ici le mot *juge* est resté seul, il faut en conclure qu'il s'agit du juge dans son acception ordinaire, c'est-à-dire du corps de magistrature auquel la puissance de juger est attribuée par les constitutions de l'Etat et les lois d'organisation judiciaire. Ce sont ces considérations puissantes qui ont déterminé la Cour de Bourges à interpréter ainsi les expressions de l'art. 200, dans son arrêt du 20 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 45. p. 448; et *S.*, 33, 2e part., p. 217). Cet arrêt, très bien motivé, sera consulté avec fruit. M. BONCENNE, t. 3, p. 515 et suiv., développe la même théorie avec beaucoup de force. Il fait observer, en terminant, que M. Berriat-Saint-Prix, qui avait dit d'abord, en citant l'autorité de M. Pigeau : « Le juge qui doit admettre ou rejeter les pièces de comparaison, c'est le *juge-commissaire* » a dit à la suite, dans sa dernière édition : « mais la Cour de Bourges a démontré, selon nous, jusqu'à l'évidence, que c'est le *tribunal*, et qu'ainsi, en cas de contestation sur l'admissibilité des pièces, le commissaire doit lui renvoyer les parties. » C'est aussi l'avis de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 363; et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 921.]] **Supp. alph.**, V° *Vérification d'écriture*, n. 107.

[[**815** bis. *La prohibition de recevoir des pièces de comparaison autres que celles qui se trouvent désignées dans l'art.* 200, *ne s'applique-t-elle qu'aux opérations des experts, ou bien s'étend-elle encore au tribunal, en ce sens qu'il ne puisse taxativement asseoir sa décision que sur les pièces soumises aux experts ?*

La Cour de cassation de Bruxelles a décidé, le 12 février 1822 (*J. Arr.*, de cette Cour, 1822, t. 1, p. 41), que le tribunal devait, à cet égard, se renfermer dans

les mêmes limites que les experts ; mais la Cour d'appel de la même ville a adopté la solution contraire, par deux arrêts des 20 février 1817 (1817, t. 1, p. 195), et 16 juillet 1829 (1829, t. 2, p. 193), tout en maintenant néanmoins que la faculté de s'éclairer par l'inspection de cette sorte de pièces est exclusivement réservée aux juges, et que les experts ne peuvent jamais les consulter, même pour y avoir tel égard que de raison, 9 janvier 1828 (1829, t. 2, p. 65).

L'avis de la Cour d'appel nous semble préférable à celui de la Cour de cassation. Ne savons-nous pas en effet, que, si l'on a multiplié les précautions quand il s'agit de l'opération des experts, c'est à cause du peu de certitude que leur art peut fournir, et du peu de confiance que la loi attache, soit à leurs lumières, soit à leur caractère ? Le magistrat revêtu d'une haute fonction publique ne mérite-t-il pas plus de confiance, et ne doit-il pas jouir par conséquent de plus de liberté dans le choix des éléments de sa décision ? D'un autre côté, il est certain que les juges ne sont pas obligés d'avoir égard à l'avis des experts, cela suppose qu'ils peuvent puiser leurs motifs dans d'autres sources. Enfin, puisque nous avons décidé (*suprà, Quest.* 803 ter.), que les juges peuvent se dispenser d'ordonner aucune espèce de vérification, si les circonstances de la cause leur paraissent suffisantes pour déterminer leur jugement, ne s'ensuit-il pas qu'ils ne doivent jamais être liés dans les moyens d'éclairer leur religion ?]]

816. *Le juge-commissaire pourrait-il admettre, pour pièces de comparaison, des actes authentiques autres que ceux dressés par un notaire ?*

Non ; et la preuve s'en tire du changement fait par le Code à l'art. 199 du projet, qui autorisait le juge-commissaire à admettre toutes pièces signées par *personnes publiques et en cette qualité.* Il est évident, d'après ce changement, que les actes notariés sont les seuls, de tous les actes authentiques extrajudiciaires, que l'on puisse recevoir pour pièces de comparaison. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 308.) [[Cette opinion, que nous partageons, est conforme à un arrêt de la Cour de Metz, du 27 juin 1823 (*J. Av*, t. 19, p. 238).]] **Supp. alph.**, v° *cit.*, n. 109.

817. *Un procès-verbal dressé en bureau de paix, et signé par la partie, pourrait-il être admis comme pièce de comparaison ?*

Par les raisons données sur la précédente question, M. Pigeau, *ubi supra*, maintient la négative; d'autres citent ce procès-verbal comme un exemple des pièces que l'on peut admettre, du moins comme actes judiciaires. Nous adoptons l'opinion de M. Pigeau. Nul doute qu'on ne puisse pas recevoir un tel procès-verbal, bien qu'il soit un acte authentique (*V.* 231e *Quest.*), puisque la loi se borne à indiquer les actes notariés; d'un autre côté, l'on ne peut le considérer comme acte judiciaire, puisque le juge de paix ne le dresse point en qualité de juge, mais seulement comme conciliateur.

[[Quoique M. DALLOZ, t. 12, p. 947, paraisse joindre son autorité à celle de MM. Carré et Pigeau, nous croyons devoir émettre une opinion contraire à la leur. Un procès-verbal du bureau de paix n'est-il pas un acte judiciaire fait en présence du juge et du greffier, et par suite ne rentre-t-il pas textuellement dans la catégorie de ceux qu'indique l'art. 200? On dirait en vain que, lorsqu'il siége en conciliation, le juge de paix n'est pas juge : il n'est pas juge dans ce sens qu'il n'a rien à décider; mais ne sont-ce pas ses fonctions, sa qualité, son caractère de juge, qui lui donnent le droit de siéger? de même qu'en matière d'enquête, d'ordre, de vérification d'écritures, etc., le juge-commissaire n'est pas juge, si l'on veut, puisqu'il ne remplit qu'un ministère d'instruction ; mais, néanmoins, les procès-verbaux auxquels il a présidé en

cette qualité pourront servir de pièces de comparaison, parce qu'ils sont dressés en présence du *juge* et du greffier. (*V. infrà*, *Q.* 819.) Ce serait se montrer bien sévère que de ne pas accorder la même authenticité aux procès-verbaux dressés en bureau de paix. Notre doctrine est du reste professée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 364, et BONCENNE, t. 3, p. 507 et suiv.]]

818. *En serait-il de même des registres de l'état civil?*

Oui, puisqu'ils ne peuvent être assimilés aux actes judiciaires, ainsi que la section du Tribunat le fit observer lors de la discussion du projet. (*V.* LOCRÉ, t. 21, p. 450.)

La raison en est que l'officier de l'état civil n'étant point, comme le notaire, obligé de connaître les parties et les témoins, n'atteste point l'identité de la signature avec celle de telle personne à laquelle on voudrait l'attribuer.

[[Cette opinion, parfaitement conforme au texte et à l'esprit de la loi, est partagée par MM. DALLOZ, t. 12, p. 947; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 365; et BONCENNE, t. 3, p. 510. *V.* aussi l'arrêt déja cité, de la Cour de cassation de Bruxelles, du 12 février 1822 (*J. Arr.* de cette Cour, 1822, t. 1, p. 41). *V.* la *Quest.* 821.]]

819. *Pourrait-on recevoir la signature apposée à un acte fait en présence du juge ou du greffier seulement?*

On ne pourrait guère citer d'exemple d'un acte fait en présence du juge seul, et qui fût signé par la partie qu'il concernerait; (*V.* art. 1040.) Mais cela serait-il possible, un tel acte ne pourrait être reçu pour pièce de comparaison.

Il en serait de même de tout acte dressé en présence du greffier seul, comme les procès-verbaux de vérification d'écritures (art. 208), l'acte de soumission de caution, etc. (art. 519), l'affirmation du tiers saisi, etc. (art. 571).

Le juge-commissaire ne peut donc admettre que les procès-verbaux de toute espèce dressés par le juge, assisté du greffier, comme un procès-verbal d'enquête, un interrogatoire sur faits et articles, etc. [[MM. DALLOZ, t. 12, p. 947, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 364, partagent comme nous cette opinion. *V. suprà*, *Q.* 817.]]

820. *Admettrait-on pour comparaison des pièces que les lois anciennes déclaraient authentiques, mais auxquelles les lois actuelles n'attribueraient pas ce caractère?*

Nous nous croyons bien fondé à résoudre cette question pour l'affirmative car il ne dépend pas de la loi nouvelle d'enlever à un acte antérieur à sa publication le caractère d'authenticité que lui attribuait la loi ancienne, et duquel dérivaient, pour les parties, des droits dont elles ne pourraient être privées sans blesser le principe de *non-rétroactivité* posé dans l'art. 2 du Code civil (1). [[Cette opinion nous semble fondée.]]

---

(1) C'est par cette raison que la Cour de Paris, par arrêt du 2 janvier 1808 (*S.*, 8-2-65, et *J. Av.*, t. 22, p. 419), a décidé que l'on pouvait admettre pour pièces de comparaison des registres de communautés religieuses, attendu qu'ils étaient authentiques et probants de l'état des personnes, et que, comme tels, l'ordonnance de 1737 les admettait pour pièces de comparaison.

821. *De ce que la loi autorise à admettre les pièces* ÉCRITES ET SIGNÉES *par la partie, en qualité de fonctionnaire ou d'officier public, s'ensuit-il rigoureusement que la pièce doive tout à la fois être* ÉCRITE ET SIGNÉE *par elle?*

Quoique l'art. 200 se serve de ces expressions, *la pièce écrite et signée*, néanmoins, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 309, la signature apposée par le fonctionnaire public, au bas de l'acte qu'il reçoit en cette qualité, sans l'avoir écrit lui-même, peut servir de pièce de comparaison. Puisqu'il donne, par sa signature, l'authenticité à la pièce entière, à plus forte raison, ajoute cet auteur, la confère-t-il à sa signature.

Cette solution ne nous paraît pas à l'abri de toute controverse. On peut opposer que, si le législateur avait entendu consacrer la distinction que fait M. Pigeau, il se fût servi de la disjonctive *ou*, et non de la copulative *et*; que la preuve qu'il a voulu que la pièce fût tout à la fois *écrite et signée* résulte de ce passage du discours du tribun Perrin (édit. de F. Didot, p. 86) : « Quant « aux pièces de comparaison, elles doivent avoir un caractère commun; il « doit n'y avoir aucun doute qu'elles ont été *écrites et signées* par celui dont « l'écriture est déniée.

Mais nous ne faisons cette observation qu'afin de faire remarquer que le juge-commissaire ne doit pas se rendre trop facile à recevoir des pièces qui ne seraient que signées par la partie. Nous n'en pensons pas moins qu'il le pourrait, suivant les circonstances; par exemple, lorsqu'il serait question de vérifier l'écriture d'un juge; car souvent il serait difficile de trouver des pièces qu'il aurait écrites et signées, puisque l'art. 1040 veut qu'il soit toujours assisté du greffier, et que, par une décision du 11 oct. 1808 (*S.* 1809-2-12), Son Exc. le Ministre des finances a prononcé que cet article supposait que le greffier devait écrire sous la dictée du juge (1).

[[L'opinion de M. Pigeau est partagée par MM. DALLOZ, t. 12, p. 947; BONCENNE, t. 3, p. 512; et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 920. Ce dernier auteur fait observer, avec beaucoup de justesse, que, puisqu'on se contente d'un acte passé devant notaire qui ne porte évidemment que la signature de la partie, on ne doit pas se montrer plus exigeant dans le cas dont il s'agit.]]

822. *S'il s'agissait de s'assurer qu'un acte a été écrit* EN ENTIER *de la main de la personne à laquelle on attribue l'écriture, de simples signatures apposées à des actes, d'ailleurs admissibles, pourraient-elles suffire pour vérifier le corps entier de l'écriture?*

Nous ne pensons pas que l'offre de cette preuve pût être rejetée par le juge. La loi a entendu lui procurer tous les moyens possibles de s'éclairer, et l'art. 200 admet tout à la fois et des actes *et des signatures;* il ne fait aucune distinction entre le cas où il s'agirait de vérifier un corps d'écriture, et celui où il ne serait question que de simples signatures, et, sans contredit, le juge ne peut suppléer cette distinction. C'est aux experts à déclarer ensuite s'il leur a été possible de se former une opinion d'après ces seuls documents,

---

(1) Nous remarquerons, au surplus, que les dispositions de l'art. 200 sont, à peu de différence près, les mêmes que celles des art. 13, 14 et 15 de l'ordonnance de 1737. Or, le premier de ces articles portait aussi que les pièces devaient être *écrites et signées* par celui dont il s'agissait de comparer l'écriture. Cependant le savant commentateur de cette ordonnance, SERPILLON, p. 29, disait que c'était assez qu'un officier public eût, en cette qualité, *écrit* ou *signé* un acte, pour qu'il pût servir de pièce de comparaison contre lui.

et nonobstant l'invraisemblance de la possibilité d'acquérir, sur l'examen d'une signature, des raisons suffisantes pour décider si un *corps d'écriture* est ou n'est pas de la main de celui qui n'a fait que souscrire la pièce de comparaison.

[[Cette saine doctrine est confirmée par l'assentiment de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 365; et BONCENNE, t. 3, p. 513, et par divers arrêts. Bruxelles, 20 février 1817 (*J. Arr.* de cette Cour, 1817, t. 1, p. 199), et 20 mai 1826 (1826, t. 2, p. 66); Amiens, 23 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 55). Ce dernier arrêt était rendu dans l'espèce d'un testament olographe dont il s'agissait de vérifier l'écriture; la Cour décida que de simples signatures apposées par le testateur au bas d'actes authentiques pourraient servir de pièces de comparaison.

M. CARRÉ a développé la même opinion dans une consultation inédite du 2 août 1821 que nous avons déjà rapportée en partie sous la *Quest.* 799, et dont nous allons transcrire le passage afférent à la question actuelle :

« Mais dans l'espèce où il s'agirait de s'assurer si le testament a été écrit en entier de la main de la testatrice, de simples signatures, apposées au bas d'actes d'ailleurs admissibles, pourraient-elles suffire pour vérifier le corps entier d'écriture ?

« Le conseil estime que cette sorte de preuve ne saurait être rejetée par le juge, auquel la loi doit procurer autant que possible tous les moyens d'éclairer sa religion. Or, l'art. 200 précité parle tout à la fois *d'actes et de signatures*, et ne fait aucune distinction relativement au cas où de simples signatures ne suffiraient point parce qu'il faudrait vérifier un corps d'écriture : cette distinction ne se trouvant pas dans la loi, on en doit conclure qu'elle ne peut être suppléée d'office par le juge.

« Il arrive d'ailleurs fort souvent que l'on conserve, en signant, son écriture ordinaire, et il serait du moins alors injuste de ne pas prendre pour pièce de comparaison un acte où cette signature se trouverait apposée, s'il n'y avait pas ailleurs d'autre moyen plus sûr et plus certain de vérification.

« Le juge ne peut donc se refuser à admettre les actes de la nature de ceux dont parle l'art. 200, s'ils sont signés par la testatrice, apercevant même quelque différence entre les deux signatures.

« Mais il arrivera peut-être que les experts déclareront ne pouvoir se former une opinion d'après les seuls documents qu'on leur fournira, parce qu'il est en effet assez difficile de juger de l'écriture d'un individu au moyen de simples signatures : dans ce cas le testament serait rejeté. Peut-être aussi les experts déclareront-ils l'identité des écritures, mais il est de principe que, dans ce cas là même, leur déclaration ne lierait pas les juges qui pourraient toujours, nonobstant l'avis des experts, décider que le testament en question ne leur paraît pas être de l'écriture de la dame E. Mollié. »]]

823. *Quelles sont les écritures et signatures privées que l'on peut admettre pour pièces de comparaison, comme ayant été* RECONNUES *par celui à qui la pièce à vérifier est attribuée ?*

Ce sont celles qui ont été reconnues par la partie, en justice ou devant notaires, soit pour avoir été écrites, soit seulement pour avoir été signées par elle. *V.* PIGEAU, t. 1, p. 309, et SERPILLON sur l'art. 14 de l'ordonn. de 1737.

[[*V.* aussi M. BONCENNE, t. 3, p. 513 *in fine*, et un arrêt de la Cour de Bourges, qui a décidé que les juges ne peuvent admettre, pour pièces de comparaison, dans une vérification d'écritures, un acte sous seing privé, quoiqu'il ait été relaté dans un inventaire lors duquel aucun débat ne s'est élevé, ni un billet acquitté par ceux qui dénient l'écriture. Les juges ne peuvent même pas autoriser les experts à se servir de ces actes comme de simples renseignements; 3 déc. 1823. (*J. Av.*, t. 25, p. 387.)

Et de plus le défendeur en vérification n'est pas tenu de dénier ou reconnaître, devant le juge-commissaire, les actes sous seing privé qu'on lui représente, il suffit qu'en ce moment même ces actes n'aient point acquis l'un des caractères voulus par l'art. 200 pour qu'ils soient rejetés. Arrêt de la Cour de Liège, 17 juillet 1836 (*J.* de Bruxelles 1836, t. 2, p. 414). Nous approuvons ces décisions.]] SUPP., p. 210.

824. *Comment s'entendent les mots* RECONNUES ÊTRE DE LUI, *qui terminent le* § 1 *de l'article ?*

Ils s'entendent, non de la reconnaissance de la partie, mais de celle qui aurait été faite par experts, (LOCRÉ, t. 21, p. 286.)

[[Interprétation parfaitement juste, qu'on retrouve dans M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 270, note 23 · dans le *Prat. français*, t. 2, p. 76, et dans M. BONCENNE, t. 3, p. 514]]

825. *De plusieurs pièces présentées pour servir a la comparaison, quelles sont celles que le juge-commissaire doit admettre de préférence ?*

Tous les auteurs se sont accordés à dire que ce sont les plus voisines de la date de la pièce à vérifier, parce qu'après un certain nombre d'années il se rencontre souvent des différences notables dans l'écriture de la même personne. [[Décision sage, approuvée par M. BONCENNE, t. 3, p. 526.]]

826. *Le mot* POURRA, *employe dans la dernière disposition de l'art.* 200, *exprime-t-il seulement que le juge-commissaire est autorisé à admettre, pour comparaison de la partie d'une pièce sur laquelle porte la dénégation ou la méconnaissance, le surplus de cette pièce, qui n'est ni dénié ni méconnu ?*

En d'autres termes : *Le juge n'a-t-il pas la faculté ou d'admettre le surplus d'une pièce, pour servir à la comparaison de la partie déniée ou méconnue, ou d'exiger d'autres pièces ?*

La disposition de l'art. 200, à laquelle se rapporte cette question, doit être entendue comme les commentateurs de l'ordonnance de 1737 expliquaient l'art. 15 de l'ordonnance. On dira, par conséquent, que le législateur laisse à la prudence du juge-commissaire d'ordonner que la partie de la pièce sur laquelle ne porte pas la dénégation ou la méconnaissance servira de piece de comparaison, ou d'exiger d'autres pièces, en usant toutefois de la précaution indiquée sur la question précédente. (*V.* SERPILLON *sur l'art. précité de l'ordonn.* de 1737.) [[Ceci nous paraît encore fort juste.]]

827. *Peut-on se pourvoir contre l'ordonnance par laquelle le juge-commissaire aurait admis, pour pièces de comparaison, des écritures et signatures qui ne seraient pas du nombre de celles que la loi désigne ?*

En cas d'affirmative de cette question, quelle sera la voie que devra prendre la partie intéressée à faire réformer cette ordonnance?

La loi défend au juge-commissaire d'admettre d'autres pièces que celles qui sont indiquées dans les deux paragraphes de l'art. 200. L'on doit conclure de cette défense que la décision de ce magistrat ne saurait être définitive; autrement, on admettrait, ce qui serait contradictoire, qu'il pourrait arbitrairement enfreindre les règles qui lui sont tracées.

Mais attendra-t-on, pour faire réformer sa décision, le moment où le tribunal aura à statuer sur les résultats de la vérification faite sur les pièces qui

auraient été mal à propos admises? Nous ne le pensons pas. Nulle disposition n'autorise cette exécution provisoire, qui préjudicierait aux deux parties, puisque, la décision du juge-commissaire venant à être réformée après la vérification faite, il faudrait procéder à une seconde, ce qui causerait tout à la fois et le retard du jugement définitif et des frais plus considérables.

On pourra donc se pourvoir contre cette décision, avant que les experts procèdent à la vérification.

Voyons maintenant quelle voie la partie intéressée devra prendre, afin de parvenir à la réformation.

M. Demiau-Crouzilhac est le seul de nos auteurs qui se soit livré à l'examen de cette question.

Selon lui, deux voies sont ouvertes; ou celle de l'incident, aux termes de l'art. 337, ou celle de l'appel. Mais la première lui paraît préférable, à tous égards, parce qu'il ne croit pas que l'on puisse donner à la décision d'un juge-commissaire l'effet d'un jugement : d'où il conclut qu'elle ne doit être envisagée que comme un travail purement préparatoire qu'il appartient au tribunal de maintenir ou d'annuler.

Nous avions adopté cette opinion dans notre Analyse, *Quest.* 720; mais nous ne croyons pas devoir y persister aujourd'hui, attendu qu'il nous semble, d'après le réquisitoire de M. l'avocat-général Jaubert, que nous rapporterons sur l'art. 759, que l'ordonnance du juge-commissaire doit avoir, en cette circonstance, l'effet d'un jugement, parce que la loi lui donne caractère pour statuer sur l'admission ou le rejet des pièces de comparaison. (*V.* aussi nos *Quest.* sur les art. 759 et 970.) (1)

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 921; DALLOZ, t. 12, p. 947; et BONCENNE, t. 3, p. 516, n'adoptent pas l'avis de M. Carré. Mais, au reste, d'après la solution donnée par eux et par nous sur la *Question* 815, celle-ci devient sans intérêt et sans portée; la difficulté qu'elle soulève est une raison de plus en faveur de notre solution. *V. suprà* nos observations sur la *Question* 815.]]

828. *Quelles ressources aurait-on pour vérifier l'écriture, si, ne pouvant fournir la preuve par témoins, le demandeur se trouvait également dans l'impuissance de présenter des pièces de comparaison ayant le caractère exigé par l'art.* 200.

Il ne resterait, en ce cas, dit RODIER, sur l'art. 9, tit. 12 de l'ordonnance, quest. 4, qu'à faire la comparaison avec d'autres écritures privées utiles au défendeur, et par conséquent non suspectes, trouvées entre les mains de tierces personnes, surtout si le défendeur voulait les agréer; car cet agrément serait une espèce de reconnaissance de ces écritures privées, qui les rendrait en quelque façon des pièces publiques

---

(1) Mais, pour épargner aux parties les lenteurs et les frais d'un appel, nous croyons que le juge-commissaire, quoique la loi ne lui en fasse pas une obligation, agirait prudemment en référant au tribunal des difficultés que les parties élèveraient sur l'admissibilité des pièces.

Ainsi, dans l'espèce, il pourrait, en insérant dans son procès-verbal les difficultés qui se seraient présentées, déclarer quel est son avis, et, vu les débats des parties, renvoyer à l'audience. (*V. Questions* de LEPAGE, p. 180.) Ce serait un moyen de concilier avec la loi les intérêts bien entendus des parties; mais nous ne pensons pas qu'il soit obligé à déférer au réquisitoire que les parties lui feraient à cet égard; il est évidemment libre, ou de prononcer le renvoi à l'audience, ou de statuer sur l'admission et le rejet des pièces, et, s'il rend son ordonnance, nous le répétons, elle n'est sujette qu'à l'appel, et non pas à l'espèce d'opposition dont parle M. Demiau-Crouzilhac

Ce savant commentateur ajoute que, suivant arrêt du Parlement de Toulouse, il n'était pas permis de faire procéder à la reconnaissance d'une écriture privée pour la faire ensuite servir de pièce de comparaison, et il fait observer que cet arrêt devait avoir été rendu dans des circonstances bien singulières; il renvoie à l'art. 6 du tit. 1 de l'ordonnance de 1737; ce qui donne à entendre qu'il pensait que l'on pouvait tirer de cet article une conséquence contraire à l'arrêt de Toulouse.

Nous remarquerons que cet article défendait d'admettre pour pièces de comparaison des écritures déniées ou non reconnues par le défendeur, *encore qu'elles eussent été vérifiées et reconnues avec lui.*

Sallé (*Esprit des ordonnances*) faisait observer sur cet article qu'il ne s'entendait que de reconnaissance antérieure à l'accusation de faux, et non de reconnaissance postérieure. L'art. 200 du Code est plus positif en ce sens, puisqu'il est conçu dans ces termes: *Encore qu'elles eussent été reconnues précédemment être de lui*, c'est-à-dire *avant* la demande en vérification.

On peut donc conclure de là que l'on pourrait, *postérieurement* à cette demande, poursuivre la reconnaissance et la vérification d'une pièce non susceptible par elle-même d'être admise pour servir à comparaison, afin de lui procurer ce caractère. Voilà sans doute ce que pensait Rodier.

Mais nous ne croyons pas ce moyen praticable, car la même difficulté qui se rencontre pour vérifier le premier écrit, se présenterait pour vérifier celui que l'on offrirait pour pièce de comparaison; nous croyons donc que, dans l'impossibilité de trouver des pièces qui puissent en servir, ou de faire un corps d'écriture, il n'y a d'autre ressource, pour celui qui oppose la pièce, que le serment décisoire. (*V. infrà* nos *Quest.* sur l'art 206.) [[*V.*, à l'appui de cette opinion, que nous partageons, l'arrêt de Liége, du 17 juillet 1836, rapporté sous la question 823.]]

ART. 201. Si les pièces de comparaison sont entre les mains de dépositaires publics ou autres, le juge-commissaire ordonnera qu'aux jour et heure par lui indiqués, les détenteurs desdites pièces les apporteront au lieu où se fera la vérification, à peine, contre les dépositaires publics, d'être contraints par corps, et les autres par les voies ordinaires, sauf même à prononcer, contre ces derniers, la contrainte par corps, s'il y échet.

Tarif, 166. [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 257, n°s 26 et 27.] Ord. de 1737, tit. 1, art. 5 et art. 16, 1re part. — C. de proc., art. 205, 206. 221, 245.—C. civ., art. 2060, n° 6.—C. d'inst. crim., art. 454 — [Armand Dalloz, v° *Vérific.*, n°s 72, 73, 74.—Locré, t. 21, p. 601. n° 7.—QUESTIONS TRAITÉES : Le défendeur à la vérification, qui serait lui-même détenteur d'une pièce de comparaison, pourrait-il être obligé à la fournir? ne pourrait-il pas s'en empêcher en s'appuyant de la maxime : *Nemo tenetur edere contrà se?* *Q.* 828 *bis*.—Quel est le délai dans lequel doit être fait l'apport des pièces de comparaison? *Q.* 829.—Comment s'exécutent les dispositions par lesquelles l'art. 201 impose aux détenteurs des pièces l'obligation d'en faire l'apport, savoir, aux dépositaires publics, sous peine d'y être contraints par corps, et aux autres sous peine d'y être forcés par les voies ordinaires? *Q.* 830.]

CLIX. Les écritures authentiques reposent dans des dépôts publics, et ces dépôts sont la propriété de la société entière; cette propriété existe sous la garantie des officiers publics préposés à sa conservation : c'est pourquoi la loi veut que ce soient ces mêmes dépositaires qui les apportent au lieu où se fait la vérification. Si au contraire les pièces sont entre les mains d'autres personnes que des dépositaires particuliers, elle statue de la même manière à leur égard, dans leur intérêt ou dans celui des tiers auxquels appartiendraient

les pièces (1). Cette obligation est imposée aux premiers, sous peine d'y être contraints par corps, et aux seconds, sous peine de contrainte par les voies ordinaires. Mais on sait que les voies ordinaires qu'on peut employer contre une personne, pour la contraindre à faire quelque chose, se réduisent à des dommages-intérêts, *nemo potest præcise cogi ad factum.* (*V.* aussi C. C., art. 1142.) Cependant, comme le dépositaire ou le particulier qui refuse d'apporter les pièces dont il est détenteur désobéit à la justice, il peut être contraint par corps à remplir cette obligation, si l'on voit que son refus, n'ayant pas même l'apparence d'un motif plausible, n'est visiblement inspiré que par l'envie de nuire, ou de favoriser la mauvaise foi de l'une des parties.

[[**828** bis. *Le défendeur à la vérification qui serait lui-même détenteur d'une pièce de comparaison pourrait-il être obligé à la fournir? Ne pourrait-il pas s'en empêcher en s'appuyant de la maxime:* NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE ?

Nous embrassons, sans hésiter, l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES qui, au t. 1er, p. 366, décide que cette maxime ne pourrait être invoquée. En effet, le défendeur peut-il se refuser à fournir à la justice tous les documents nécessaires pour la découverte de la vérité, et d'une vérité qui ne tient pas au fond de son droit ou de son obligation, d'une vérité purement matérielle? La loi ne l'oblige-t-elle pas à répondre aux interpellations qui peuvent lui être faites, à fournir par son propre fait une pièce de comparaison dans le corps d'écriture dont parle l'art. 206? On ne suit pas un autre système, un autre esprit que celui de la loi, en décidant que le défendeur doit aussi, lorsqu'il en est requis, livrer à l'investigation des experts ou des juges les pièces qui sont à sa disposition. Le texte même de l'art. 201 nécessite cette interprétation; car dans ces mots *dépositaires publics* ou *autres*, il comprend sans exception toutes les personnes qui peuvent détenir des pièces propres à établir une comparaison.

Quant au dépositaire privé qui serait un tiers, il n'est pas juste, dit M. BONCENNE, t. 3, p. 525, qu'il fût tenu de venir, à raison d'un procès qui lui est étranger, s'exposer, par l'exhibition d'une pièce, aux poursuites du fisc ou à d'autres préjudices; son excuse, dans ce cas, devrait être agréée. *V.*, dans le même sens, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 367; et POTHIER, *Traité de la Procéd.* 1re part., ch. 3, sect. 2, art. 2.]]

829. *Quel est le délai dans lequel doit être fait l'apport des pièces de comparaison?*

La loi n'a point fixé de délai : il est donc laissé à l'arbitrage du juge-commissaire; mais ce magistrat doit observer, comme le dit M. PIGEAU, t. 1, p. 310, que, si les dépositaires ne demeurent pas dans la commune où se fait la vérification, il est de son devoir d'avoir égard à la distance des lieux, et de fixer un délai convenable, tant pour envoyer avertir ces dépositaires, que pour leur donner le temps nécessaire à l'effet d'apporter les pièces.

[[Nous sommes de cet avis, ainsi que M. DALLOZ, t. 12 p. 948. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 371, dit que, dans le silence de la loi, ce délai doit être de huitaine au moins entre la signification de l'ordonnance et l'apport des pièces. Nous croyons plus raisonnable et plus utile d'en laisser la fixation au juge.]]

---

(1) Si les pièces de comparaison admises par le juge étaient entre les mains de l'une ou de l'autre des parties, le juge ordonnerait qu'elles seront de suite remises au greffier, pour être présentées aux experts à l'instant de la vérification, dont il fixe le jour et l'heure par la même ordonnance d'admission des pièces.

830. *Comment s'exécutent les dispositions par lesquelles l'art.* 201 *impose aux détenteurs des pièces l'obligation d'en faire l'apport, savoir : aux dépositaires publics, sous peine d'y être contraints par corps, et aux autres, sous peine d'y être forcés par les voies ordinaires, sauf à prononcer la contrainte par corps, s'il y échet ?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 205, dit, à l'égard des dépositaires publics, qu'ils sont de droit contraignables par corps, et qu'il n'est pas même nécessaire que cela soit porté dans l'ordonnance. M. DEMIAU CROUSILHAC dit, p. 162, que la contrainte par corps se prononce contre eux dans l'ordonnance même qui leur enjoint d'apporter les pièces.

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 406, et M. PIGEAU, t. 1, p. 313, estiment qu'il ne suffit pas, pour que l'on puisse exercer la contrainte, de l'ordonnance du juge-commissaire portant que les dépositaires dont il s'agit seront tenus d'apporter les pièces à peine d'y être contraints par corps : ils pensent qu'il faut encore un jugement, et cela pour deux raisons, dit M. Pigeau :

Premièrement, parce que la contrainte par corps, dans le cas même où elle est autorisée par la loi, ne peut, suivant le Code civil (art. 2067), être appliquée qu'en vertu d'un jugement : or, l'ordonnance du juge-commissaire n'est pas un jugement ;

Secondement, parce que cette ordonnance n'est pas rendue avec le dépositaire : or, on ne peut condamner un individu sans l'avoir appelé. Le dépositaire peut avoir été empêché, par une juste cause, de satisfaire à l'ordonnance.

Nonobstant ce que nous avons dit *suprà*, n° 827, il est prudent de suivre cette opinion, par la seconde raison qu'indique M. Pigeau.

Le juge-commissaire dressera donc procès-verbal de la non comparution du dépositaire ; il déclarera qu'il en fera rapport au tribunal à un jour indiqué, et, ce procès-verbal ayant été signifié avec assignation à comparaître à l'audience, le tribunal prononcera la contrainte.

On agira de la sorte relativement à tout autre détenteur des pièces admises pour servir à la comparaison. En effet, la seule différence que l'art. 201 ait faite entre le dépositaire public et le dépositaire particulier, ne consiste qu'en cela seulement, que le tribunal est tenu de prononcer la contrainte contre le premier, dès qu'il ne justifie pas d'un empêchement causé par une force majeure, tandis qu'il ne peut infliger cette peine au second que suivant les circonstances, et, comme nous l'avons dit au commentaire de l'article, lorsqu'il s'est rendu coupable de mauvaise foi et d'une désobéissance manifeste.

Il y a plus, et ceci repose sur la seconde raison apportée par M. Pigeau, relativement au dépositaire public : c'est que le dépositaire particulier ne pourrait être contraint, même par les voies ordinaires, qu'en vertu d'un jugement qui serait également rendu sur le rapport du juge-commissaire, et *après assignation*, [[aux délais ordinaires. *V.* M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 433.]]

Au reste, tout ce que nous venons d'établir est conforme à ce que disait Serpillon sur l'art. 4 du tit. 1 de l'ordonnance de 1737, p. 11.

[[Toutes ces opinions sont partagées, avec raison, par MM. BONCENNE, *t.* 3, p. 525; DALLOZ, t. 12, p. 948; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 367. Le sentiment d'après lequel l'ordonnance du juge-commissaire suffit pour exercer la contrainte par corps n'est professé que par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 921. Cet auteur n'a sûrement pas réfléchi aux excellentes raisons données par M. Pigeau.]]

Supp., p. 240. Doctrine conforme.

ART. 202. Si les pièces de comparaison ne peuvent être *déplacées* (1), ou si les détenteurs sont trop éloignés, il est laissé à la prudence du tribunal d'ordonner, sur le rapport du juge-commissaire, et après avoir entendu le procureur du roi, que la vérification se fera dans le lieu de la demeure des dépositaires, ou dans le lieu le plus proche, ou que, dans un délai déterminé, les pièces seront envoyées au greffe par les *voies* que le tribunal indiquera (2) par son jugement.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 257, nos 32 et 33.] — Ordonn. de 1737, tit. 1er, art. 16, 2e part.— C. de proc., art. 222. — [Armand Dalloz, v° *Vérific.*, nos 75 et 76. — Carré, *Compét.*, éd. in-8°, t. 6, p. 428, 2e part., liv. 3, tit. 3. *Q.* 464.—Locré, t. 21, p. 285 et 601. — QUESTIONS TRAITÉES : Quand le tribunal ordonne que la vérification se fera ailleurs qu'en son greffe, sera-ce nécessairement le juge-commissaire déjà nommé qui devra procéder à cette vérification? *Q.* 831. — Le procureur du roi n'est-il tenu de porter la parole, dans l'incident de la vérification d'écritures, que dans la seule circonstance qui fait l'objet de l'art. 202? *Q.* 832.]

CLX. L'exception portée par cet article à celui qui précède est fondée, pour le premier cas, sur le dommage que le déplacement des pièces pourrait causer au public, et, pour le second, sur la considération qu'il serait aussi dispendieux pour les parties que préjudiciable pour le dépositaire, de l'arracher à ses occupations, en l'obligeant à transporter au loin les pièces dont il est détenteur. S'il est ordonné que la vérification sera faite dans le lieu de la demeure du dépositaire ou dans le lieu le plus proche, la partie poursuivante lève le jugement et le présente avec requête au juge-commissaire pour diriger cette vérification. (*V.* la *Quest.* suivante.) Si c'est le renvoi qui est ordonné, le jugement est levé et signifié au dépositaire, avec sommation de s'y conformer.

831. *Quand le tribunal ordonne que la vérification se fera ailleurs qu'en son greffe, sera-ce nécessairement le juge-commissaire déjà nommé qui devra procéder à cette vérification ?*

Si le tribunal ordonnait que la vérification se fera au lieu où les pièces sont déposées, ou dans un lieu voisin, et que ce lieu se trouvât situé dans la ville où il siége, ou dans son ressort (3) et à une distance peu éloignée, ce sera, sans doute, le juge-commissaire déjà nommé qui procédera par suite de commission.

Dans le cas contraire, le tribunal devra, d'après l'art. 1035, commettre un juge de paix ou un juge, ou autoriser le tribunal du lieu où la vérification doit être faite à nommer un de ses membres, à l'effet d'y procéder.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 368, ne pense pas qu'on puisse commettre un juge de paix, et il se fonde sur l'esprit de la loi que révèlent, selon lui, les art. 14 et 427 du Code de procédure.

Nous pensons au contraire que la doctrine de M. Carré doit être admise, et que les articles cités par M. Thomine ne présentent aucune raison de décider. Ils défendent aux *juges d'exception* de procéder, par eux-mêmes, comme tribunaux, à une vérification d'écritures; mais rien dans ces articles n'indique qu'un juge de paix ne puisse pas être choisi comme juge-commissaire. L'art. 255 relatif à une enquête ordinaire, est également muet, mais la Cour de cassation, par arrêt du 17 janvier 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 101, 3e espèce), a jugé avec

(1) *Déplacées :* Par exemple, s'il s'agit d'opérer sur le registre courant que tiendrait un greffier, un conservateur des hypothèques, un officier de l'état civil.

(2) *Par les voies, etc.* Comme par la poste, par la diligence, par tel messager ou telle autre voie, qui, dans tous les cas, doit être indiquée dans le jugement, et toujours à l'adresse du greffier.

(3) *V.* notre *Question* 988 *bis*.

raison qu'un juge de paix pouvait être délégué pour recevoir une enquête, attendu qu'aucune délégation pour juger *ne lui est faite en ce cas, qu'ayant le caractère de juge de paix, aucune loi ne s'opposait à ce que la Cour d'appel ne l'établît commissaire à l'enquête qu'elle avait ordonnée.*

Nous n'hésitons même pas à admettre (quoique ce ne soit pas l'usage), qu'un juge d'un tribunal de commerce puisse être nommé commissaire à une enquête, à une vérification d'écritures, etc., parce qu'il a le caractère de juge.

L'art. 202 est conçu en termes tellement vagues qu'aucune de ses expressions ne peut nous être opposée.]]

832. *Le procureur du roi n'est-il tenu de porter la parole, dans l'incident de vérification d'écritures, que dans la seule circonstance qui fait l'objet de l'art.* 202?

L'affirmative résulte, premièrement, de la disposition même de cet article, puisqu'elle serait inutile, si le procureur du roi était tenu de conclure sur toute contestation susceptible d'être jugée à l'audience, en matière de vérification.

Secondement, de l'ensemble des articles du titre qui nous occupe, puisqu'aucun d'eux, à l'exception du 202e, n'exige l'intervention du ministère public (1).

[[Nous approuvons cette doctrine, qui a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 5 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 746).]]

ART. 203. Dans ce dernier cas, si le dépositaire est personne publique, il fera préalablement expédition ou copie collationnée des pièces, laquelle sera vérifiée sur la minute ou original par le président du tribunal de son arrondissement, qui en dressera procès-verbal; ladite expédition ou copie sera mise par le dépositaire au rang de ses minutes, pour en tenir lieu jusqu'au renvoi des pièces; et il pourra en délivrer des grosses ou expéditions, en faisant mention du procès-verbal qui aura été dressé.

Le dépositaire sera remboursé de ses frais par le demandeur en vérification, sur la taxe qui en sera faite par le juge qui aura dressé le procès-verbal, d'après lequel sera délivré exécutoire.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 258, nos 34 et 35.] — Loi du 3 brum. an II, art. 532. — C. de proc. art. 205, 245. — C. d'inst. crim., art. 455. — [Notre Dictionn. général de proc., vo *Vérific.*, nos 62, 63. — Armand Dalloz, vo *Vérific.*, nos 77 à 81. — Carré, *Comp.*, éd. in-8°, t. 6, p. 428, 2e part., liv 3, tit. 3, *Q.* 464. — QUESTIONS TRAITÉES : L'espédition ou copie, que doit faire le dépositaire public avant l'envoi de la minute, doit-elle être figurée? *Q.* 833. — L'expédition ou copie dont il s'agit ne peut-elle être collationnée que par le président de l'arrondissement du dépositaire? *Q.* 834. — Cette

(1) L'on argumenterait vainement contre cette solution d'une induction tirée de l'art. 251, en ce qu'il veut expressément que, dans la procédure du faux incident, où il s'agit principalement de vérification d'écritures, aucun jugement ne soit rendu sans la participation du procureur du roi.

On sent qu'une inscription de faux établit une présomption de la possibilité d'un crime, et que, par cette considération, le législateur a dû exiger l'intervention du magistrat chargé du soin de la vindicte publique; mais les mêmes motifs ne se rencontrent pas dans la vérification d'écritures qui n'est qu'un moyen de prouver un fait contesté, qui n'admet pas par lui-même la présomption dont nous parlons. Si l'art. 202 a exigé les conclusions du procureur du roi, c'est uniquement par la considération particulière que l'ordre public est intéressé à ce que des pièces qui font partie d'un dépôt public ne soient pas déplacées sans une nécessité reconnue. (*V.* d'ailleurs les *Questions* de M. LEPAGE, p. 180).

copie doit-elle être signée par le président? *Q.* 835. — S'il est ordonné à un dépositaire public de faire l'envoi de plusieurs minutes, devra-t-on lui délivrer autant d'expéditions du procès-verbal de collation qu'il y aura de minutes à envoyer? *Q.* 836 — La copie ou expédition d'une minute à envoyer au greffe, et les grosses ou expéditions qui en seraient faites, doivent-elles produire l'effet que l'art, 1335 du Cod. civ attache aux copies tirées par ordre du magistrat? *Q.* 837. — Le dépositaire doit-il avancer au greffier les avances et honoraires, tant du procès-verbal de collation que de l'expédition qui lui en est délivrée? *Q.* 838. — Un dépositaire particulier pourrait il faire une copie de la pièce qu'il aurait à déposer, la faire collationner, et obtenir exécutoire de ses frais, ainsi que la loi dispose à l'égard du dépositaire public? *Q.* 839. — Après la vérification, que deviennent les pièces de comparaison? *Q* 840.]

CLXI. Lorsque le dépositaire qu'un jugement oblige à faire l'envoi des pièces, ainsi qu'il est dit en l'article précédent, n'est qu'une personne privée, la conduite qu'il doit tenir se borne à faire parvenir ces pièces au greffier du tribunal du juge commis pour procéder à la vérification; mais si le dépositaire est personne publique, la loi, pour empêcher que le déplacement ne puisse causer quelque préjudice aux parties que ces pièces intéressent, prescrit de faire préalablement dresser une expédition ou copie collationnée par le président du tribunal de son arrondissement, et qui tient lieu de la minute pendant la durée du dépôt de celle-ci au greffe du tribunal.

833. *L'expédition ou copie que doit faire le dépositaire public, avant l'envoi de la minute, doit-elle être* FIGURÉE ?

La loi du 25 ventôse an XI porte (art. 22) que les notaires, avant de se dessaisir d'une pièce, en dresseront et signeront une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et le procureur du roi de leur résidence, sera substituée à la minute, dont elle tiendra lieu jusqu'à la réintégration.

L'art. 203 ne répète point cette disposition, en ce qu'elle exige que la copie soit figurée : d'où les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 413, concluent que le Code de procédure déroge, en ce point, à la loi du 25 ventôse. Mais il nous est difficile de voir, comme ces auteurs, une dispense dans le silence de l'art. 203, qui ne renferme aucune expression qui puisse la faire présumer.

[[Nous croyons que l'art. 203 n'a voulu qu'indiquer une application de la disposition légale de ventôse, et non y apporter une restriction, c'est ce qui fait que nous nous rangeons, avec M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 921, à l'opinion de M. Carré, quoiqu'elle ait été combattue par M. DALLOZ, t. 12, p. 948.]]

834. *L'expédition ou copie dont il s'agit ne peut-elle être collationnée que par le président de l'arrondissement du dépositaire?*

Elle ne peut l'être [[évidemment]] que par lui ou par le juge qui, en cas demaladie ou de tout autre empêchement, le remplacerait suivant l'ordre du tableau.

835. *Cette copie doit-elle être signée par le président?*

Elle doit être signée par le président et par le greffier qui l'assiste (*V.* la 821e *Quest.*); autrement, rien ne constaterait qu'elle fût la même que celle qui aurait été collationnée sur la minute; mais, comme le procureur du roi n'est point appelé, par l'art. 203, au proces-verbal de collation, nous pensons, comme les auteurs du Commentaire précité, que le Code de procédure a dérogé à la disposition de la loi du 25 ventôse, qui exige la signature de ce magistrat sur les copies figurées des minutes des actes notariés. Ce ne serait pas néanmoins un motif suffisant pour que les notaires, en toute autre circonstance que celle qui fait l'objet de l'art. 203, se dispensassent de cette formalité.

[[Il nous semble que le motif de décision adopté par nous et par MM. CARRÉ et FAVARD DE LANGLADE, sur la *Question* 833, devrait avoir ici la même force, et faire décider dans un sens analogue. Ces auteurs ne nous semblent donc pas d'accord avec le principe déjà posé. M. FAVARD DE LANGLADE, en effet, t. 5, p. 921, adopte l'avis de M. Carré. M. DALLOZ, t. 12, p. 948, l'adopte aussi, mais ce dernier auteur n'avait pas embrassé la solution donnée par nous et par les deux auteurs précités sur la *Quest.* 833.]]

836. *S'il est ordonné à un dépositaire public de faire l'envoi de plusieurs minutes, devra-t-on lui délivrer autant d'expéditions du procès-verbal de collation qu'il y aura de minutes à envoyer?*

En se fondant sur l'art. 7 des lettres-patentes du 12 août 1779, données pour les notaires de Paris, les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 412, disent « qu'il peut n'être fait qu'un seul procès-verbal de l'état de chacune des minutes et de la conformité de la copie qui en aura été faite; mais qu'il devra être délivré, par le greffier, autant d'expéditions de ce procès-verbal qu'il y aura de minutes à déposer. La raison en est, ajoutent-ils, que chacune de ces expéditions est destinée à être jointe à la copie de la minute originale, pour en tenir lieu, et pour justifier de la cause de l'absence de cette minute. »

Nous croirions au moins que l'on ne devrait expédier que des extraits concernant chaque minute, si nous ne pensions pas qu'il suffit d'une seule expédition du procès-verbal. En effet, l'art. 203 n'oblige le dépositaire qu'à faire mention de ce procès-verbal dans les grosses ou expéditions qu'il aurait à donner des copies collationnées. Aucune loi ne porte aujourd'hui que l'on doive donner autant d'expéditions du procès-verbal qu'il y a de minutes dont il ait constaté l'état et certifié les copies; et l'on ne doit pas multiplier les frais sans nécessité. Il suffit donc, selon nous, que le dépositaire, pour justifier des causes de l'absence des minutes, ait entre les mains une expédition du procès-verbal entier.

[[Nous partageons cet avis très sage, conforme aussi à l'opinion de M. DALLOZ, t. 12, p. 948.]]

837. *La copie ou expédition d'une minute envoyée au greffe, et les grosses ou expéditions qui en seraient faites, doivent-elles produire l'effet que l'art.* 133 *du Code civil attache aux copies tirées par ordre du magistrat?*

Nous ne le pensons pas, parce que l'art. 1335 du Code civil veut que les parties aient été *présentes* ou *dûment appelées :* d'où il suit que, malgré le procès-verbal de collation dressé conformément à l'art. 203, il suffit que la copie de la minute ait été faite en l'absence des parties ou sans leur consentement, pour que cette copie ou celles qui en seraient faites soient encore dans le cas d'être compulsées sur la demande des parties, et conformément aux art. 847, 849 et 852, du Code de procédure. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC. p. 163.)

[[Nous ne saurions partager ici l'avis de M. Carré; il nous semble qu'il entre parfaitement dans l'esprit de la loi d'attribuer un caractère d'authenticité parfaite aux copies dont parle l'art. 203. En effet, quel est leur but? N'est-ce pas de remplacer, dans l'intérêt des tiers, les minutes déplacées? N'est-ce pas afin qu'expédition de l'acte puisse être délivrée, sur les copies elles-mêmes, à toutes personnes qui en auront besoin, et, puisqu'elles sont destinées à un pareil usage, n'est-il pas absolument nécessaire qu'elles fassent pleine foi? Que serait une expédition prise sur une copie dont l'authenticité, non-seulement ne pourrait être respectée, mais même pourrait être rejetée par la partie in-

téressée à la méconnaître? évidemment l'intention de la loi ne serait pas remplie, l'intérêt des tiers serait sacrifié, puisque l'expédition qu'ils auraient obtenue sur la copie par les moyens que la loi leur indique ne les dispenserait point d'en réclamer une autre sur la minute, et de doubler ainsi les frais.

La règle générale de l'art. 1335, C. civ., qui veut que la foi ne soit due aux copies d'actes qu'autant qu'elles ont été tirées d'autorité du magistrat, *parties présentes ou dûment appelées*, ne nous semble pas une objection redoutable contre notre système. Car le cas qui nous occupe est tout exceptionnel, il a été impossible d'appeler les parties. La présence du président est une garantie suffisante. La dérogation à l'art. 1335 est donc ici fort naturelle. C'est aussi le sentiment de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 369.]]

838. *Le dépositaire doit-il avancer au greffier les avances et honoraires, tant du procès-verbal de collation, que de l'expédition qui lui en est délivrée?*

C'est ce que prescrivaient les lettres-patentes citées sur la 836e *Quest.*, et ce que l'art. 203 suppose évidemment, puisqu'il porte que le dépositaire sera remboursé de ses frais par le demandeur en vérification, sur la taxe qui en sera faite par le juge qui aura dressé le procès-verbal d'après lequel sera délivré l'exécutoire.

Il faut observer que cette taxe est faite sur les copies des minutes et d'après les bases posées aux art. 168 et 169 du Tarif.

[[Cette opinion, adoptée par MM. DALLOZ, t. 12, p. 918, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 369, est conforme à celle que nous avons émise au *Comment. du Tarif*, t. 1, p. 259.]]

839. *Un dépositaire particulier pourrait-il faire une copie de la pièce qu'il aurait à déposer, la faire collationner et obtenir exécutoire de ses frais, ainsi que la loi dispose à l'égard du dépositaire public?*

Oui, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 413 et 414. On ne pourrait opposer à ce dépositaire que la loi ne s'explique qu'à l'égard du dépositaire public, s'il prouvait que le dessaisissement auquel on le forcerait pourrait lui porter préjudice.

M. DELAPORTE dit, au contraire, t. 1, p. 206, que la loi ne se charge point des intérêts du dépositaire qui n'est que personne privée; que c'est à lui à y veiller comme bon lui semble; qu'il peut bien demander qu'il soit fait une copie collationnée de son titre, mais qu'il ne lui est point délivré exécutoire des frais, qui conséquemment demeurent à sa charge.

Il serait difficile de supposer des cas dans lesquels une personne privée aurait à souffrir préjudice du dessaisissement d'un titre. Si cependant un pareil cas se présentait, nous serions de l'avis des auteurs du Commentaire précité; car il ne serait pas juste qu'un tiers fût obligé de se dessaisir, à son préjudice et pour l'intérêt du demandeur en vérification, d'un titre qui est sa propriété.

[[Cette solution, qu'adopte aussi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 435, nous paraît fondée, et rentre dans l'opinion de M. BONCENNE, déjà citée par nous sous la *Quest.* 828 *bis*.]]

840. *Après la vérification, que deviennent les pièces de comparaison, et même la pièce contestée?*

Les art. 209, 242 et 245 offrent la solution de cette question. On suivra les deux derniers, dit avec raison M. Lepage (*V.* ses *Quest.*, p. 181), en ce qu'ils peuvent avoir d'applicable à la vérification des écritures.

Ainsi, le jugement décide ce qu'il faut faire de la pièce contestée, dans le cas où elle est déclarée non véritable; dans le cas contraire, il ordonne qu'elle sera rendue au demandeur. De même, le juge-commissaire prescrit que les pièces appartenant à des dépositaires leur seront remises (art. 209), ou le tribunal indique par quelle voie elles leur seront renvoyées.

[[Cette procédure nous paraît, par analogie, devoir être suivie.]]

ART. 204. La partie la plus diligente fera sommer par *exploit* (1) les experts et les dépositaires de se trouver aux lieu, jour et heure indiqués par ordonnance du juge-commissaire; les experts, à l'effet de prêter serment et de procéder à la vérification, et les dépositaires, à l'effet de représenter les pièces de comparaison; il sera fait sommation à la partie d'être présente, *par acte d'avoué à avoué* (2); il sera dressé du tout procès-verbal; il en sera donné aux dépositaires copie par extrait, en ce qui les concerne, ainsi que du jugement.

Tarif, 29, 79, 76, 166. [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p 257, n° 28.] — Ord. de 1737, tit. 1er, art. 18, C. de proc., art. 336. [Notre Dictionn. général de proc., v° *Vérific.*, n°s 92, 99, 100. — Armand Dalloz. v° *Vérific.*, n°s 82 à 88. — QUESTIONS TRAITÉES : Comment s'obtient l'ordonnance du juge-commissaire pour sommer les experts de prêter serment, et les dépositaires de représenter les pièces de comparaison? *Q.* 841 — La sommation qui est faite aux dépositaires d'apporter ou d'envoyer les pièces, doit-elle être précédée de copie par extrait, en ce qui les concerne, du jugement qui ordonne la vérification et du procès-verbal qui indique les pièces de comparaison? *Q.* 842.—Comment doit-on procéder si l'une des parties sommées, conformément à l'art. 204, néglige d'obéir à cette sommation? *Q.* 843 (3).]

CLXII. L'ordonnance dont il s'agit dans cet article est ou celle que rend le juge-commissaire pris parmi les membres du tribunal, lorsque les pièces de comparaison sont entre les mains des parties ou de dépositaires peu éloignés, ou celle que rend le juge étranger au tribunal commis pour diriger la vérification, lorsque les pièces ne peuvent être déplacées, ou sont entre les mains de dépositaires éloignés. Cette ordonnance, consignée au procès-verbal de l'un ou de l'autre, est levée par la partie la plus diligente, aux fins indiquées par l'article, et, au jour fixé par la vérification, les experts, les dépositaires et les parties comparaissent devant le commissaire assisté du greffier; les premiers, pour prêter le serment de bien et fidèlement s'acquitter de l'opération qui leur est confiée; les seconds, pour représenter les pièces de comparaison, et ce double préliminaire est mentionné au procès-verbal dont on poursuit la continuation.

---

(1) *Par exploit*, c'est-à-dire par sommation ordinaire d'huissier, à personne ou domicile, attendu que les experts et dépositaires ne sont point en cause. [Cette note et la suivante renferment des interprétations justes, auxquelles adhère M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 371.]

(2) *Par acte d'avoué à avoué*, parce qu'à la différence des experts et des dépositaires, la partie a avoué en cause. [Voir notre observation sur la note précédente.]

(3) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Si, dans une instance en vérification d'écriture, le juge-commissaire, lors d'une première comparution, a fixé jour en présence des parties ou de leurs avoués pour procéder à la vérification, en ajoutant que les parties ne seraient point appelées par une nouvelle assignation, il n'y a pas nullité de tout ce qui a été fait au jour fixé quoique la partie n'ait point été sommée d'être présente par acte d'avoué à avoué. — Bruxelles, 1er mai 1828 (*J. Arr.* de Brux. 1828, t. 1, p. 442).

2° En matière de vérification d'écriture, l'art. 204 C. proc. civ., laisse à la partie la plus diligente le droit de poursuivre, et aucune loi ne prononce la déchéance contre une partie qui ne poursuit pas. — Besançon, 13 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 22, p. 448).]

841. *Comment s'obtient l'ordonnance du juge-commissaire, pour sommer les experts de prêter serment, et les dépositaires de représenter les pièces de comparaison?*

Par une requête non grossoyée (art. 76, § 5 du *Tarif*); et comme, d'après l'art. 201, le commissaire aura désigné, dans le procès-verbal de réception des pièces de comparaison, le jour, l'heure et le lieu où les pièces doivent être apportées, l'ordonnance qui interviendra sur cette requête prescrira que les experts et dépositaires seront assignés aux mêmes lieu, jour et heure.

Dans le cas où il serait ordonné, d'après l'art. 202, que dans un délai déterminé les pièces seront envoyées au greffe par telle ou telle voie, les dépositaires seront sommés de les envoyer dans ce délai, et par la voie indiquée.

[[Ainsi le pense M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 371. Nous avons émis la même opinion dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 257.]]

842. *La sommation qui est faite aux dépositaires d'apporter ou d'envoyer les pièces doit-elle être précédée de copie par extrait, en ce qui les concerne, du jugement qui ordonne la vérification, et du procès-verbal qui indique les pièces de comparaison* (1)?

Nous pensons, avec M. Pigeau, que le jugement dont les dépositaires doivent avoir copie est celui qui ordonne la vérification, à moins que, dans l'espèce de la 827e *Quest.* (*V.* p. 333), ou dans celle de l'art. 202, il n'en soit intervenu un second qui déterminât, soit quelles seront les pièces qui devront

---

(1) M. Pigeau, t. 1, p. 311, résout affirmativement cette question; il dit, en citant l'art. 204, « que *la sommation donnée aux « dépositaires*, en vertu de l'ordonnance du « juge-commissaire, doit porter en tête copie « par extrait, en ce qui *les concerne, du jugement qui ordonne la vérification*, et du « procès-verbal qui indique les pièces de « comparaison. »

D'autres auteurs, qui sont ceux du Commentaire des *Annales du Notariat*, t. 1, p. 416, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 288, se bornent à dire que l'on doit donner, en tête de la sommation, la copie, non du jugement qui ordonne la vérification, mais de celui qui ordonne l'apport des pièces.

Ils sont ainsi d'accord avec M. Pigeau, en ce que l'on doit donner copie d'un jugement en tête de la sommation; mais ils diffèrent en ce qu'ils maintiennent qu'il s'agit du jugement qui ordonne l'apport des pièces.

D'un autre côté, ils n'exigent point que l'on donne copie du procès-verbal qui indique les pièces de comparaison; et en cela ils sont conséquents, car il serait fort inutile de donner copie d'un tel procès-verbal, si l'on donnait celle d'un jugement qui ordonnerait l'apport des pièces.

Remarquons maintenant que l'art. 204 n'ordonne pas que l'on notifie, en tête de la sommation, les copies dont parlent ces auteurs. S'il veut, par sa dernière disposition, qu'il soit donné aux dépositaires, chacun en ce qui le concerne, une copie par extrait d'un procès-verbal qui constate l'exécution de la première disposition de ce premier article, savoir: le serment des experts, l'apport ou l'envoi des pièces, et la présence ou l'absence du défendeur; s'il veut ensuite que l'on donne également aux dépositaires copie d'un jugement (et nous dirons bientôt de quel jugement la loi entend parler), ce n'est pas en tête de la sommation que cette copie doit être donnée, c'est, au contraire, après l'apport des pièces fait en vertu de cette sommation.

On sent combien cette remarque, ajoutée à la divergence des opinions des auteurs, peut embarrasser dans la pratique, et surtout combien il serait dangereux de confondre, avec les copies qui, selon M. Pigeau, devraient être données en tête de la sommation, celles dont il est question en l'art. 204, et qui ne doivent l'être qu'aux dépositaires qui auraient obéi à cette même sommation.

Au moyen des solutions qui sont données en réponse à la question ci-dessus, nous croyons avoir levé les difficultés, en conciliant les différentes opinions qui les produisent.

servir à la vérification, soit que les pièces admises par le procès-verbal du juge-commissaire, conformément à l'art. 200, seront envoyées par les dépositaires.

Il est plus naturel, en effet, de donner copie du jugement qui réfère nécessairement celui qui ordonne la vérification, et qui, d'ailleurs, se rapporte plus particulièrement aux dépositaires.

Nous pensons encore, avec le même auteur, qu'on peut notifier ce jugement lors de la sommation; mais ce n'est pas évidemment une obligation. Le dépositaire et l'expert doivent, selon nous, obéir à la sommation faite en vertu de l'ordonnance du juge-commissaire, puisque la loi n'exige pas préalablement la notification dont nous parlons; le premier pourrait tout au plus, s'il était notaire, se refuser à se dessaisir de la pièce, avant qu'on lui justifiât du jugement qui ordonne la vérification, et dont l'ordonnance du juge-commissaire n'est qu'un acte d'exécution : du moins, la première disposition de l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI nous paraîtrait-elle, jusqu'à un certain point, autoriser ce refus, et de là un motif pour que le jugement qui ordonne la vérification, ou celui qui, dans les cas ci-dessus indiqués, admet les pièces et en ordonne l'apport, puisse être signifié en tête de la sommation.

Si nous disons que l'on peut donner, en tête de la sommation, copie de l'un des jugements dont nous venons de parler, c'est parce que nous pensons que c'est un tel jugement que l'art. 204 indique dans sa dernière disposition. Or, non-seulement il importerait peu que cette copie fût donnée avant ou après la rédaction du procès-verbal qui doit être dressé conformément à cet article, mais il convient même, comme on l'a vu par les observations précédentes, qu'elle le soit avec la sommation.

Il résultera seulement de ce que la copie de ce jugement aurait été fournie de la sorte, que l'on sera dispensé de la délivrer au dépositaire avec celle du procès-verbal prescrit par l'art. 204.

Quant au procès-verbal d'admission des pièces, aucune disposition du Code n'exige qu'il en soit donné copie en tête de la sommation. D'un autre côté, nul motif d'utilité ne porte à croire qu'il convienne de le faire, si ce n'est dans le cas où le juge-commissaire eût omis de mentionner, dans l'ordonnance prescrite par l'article 204 (*V.* 841e *Quest.*), la pièce que le dépositaire devrait apporter ou envoyer, et s'en fût, à ce sujet, référé à son procès-verbal.

Alors, en effet, l'on devrait notifier copie de ce procès-verbal; car il est indispensable de faire connaître au dépositaire que la pièce qu'on le somme de produire a été jugée nécessaire à une vérification d'écriture, et qu'il est constitué en demeure de la fournir par une décision à laquelle il doit prêter obéissance.

[[L'art. 204 est rédigé d'une manière si incomplète que les explications détaillées de M. Carré étaient indispensables. Sa théorie a obtenu l'assentiment de MM. DALLOZ, t. 12, p. 948 et 949, FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 921, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 371.]]

843. *Comment doit-on procéder, si l'une des parties sommées conformément à l'art. 204 néglige d'obéir à cette sommation?*

S'il s'agit d'un dépositaire qui néglige d'apporter ou d'envoyer les pièces, l'on applique les dispositions de l'art. 201.

Si ce sont les experts qui ne comparaissent pas, ou l'un d'eux seulement, il faut, par induction de l'art. 316, que les parties s'accordent de suite pour les remplacer; dans le cas contraire, le juge-commissaire en fait rapport à l'audience suivante, afin que le tribunal pourvoit lui-même à ce remplacement.

Après cette nomination d'office notifiée au défendeur, on procède de nouveau pour faire prêter serment aux experts, ainsi que le prescrit l'art. 104.

Enfin, si l'une ou l'autre des parties ne comparaît pas, le juge-commissaire constate son défaut, et les opérations sont continuées. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 164; *Cassat.*, 19 frim. an 4; *Code de Cassation*, par M. Guichard, t. 2, p. 183.)

[[Ces opinions, que nous partageons, sont exprimées dans les mêmes termes par MM. DALLOZ, t. 12, p. 948; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 921; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 371. M. Thomine Desmazures, *ubi suprà*, pense avec raison que la contrainte de l'art. 201 pourrait être prononcée contre le dépositaire défaillant sans nouvelle assignation, la première ayant suffi pour l'avertir d'être présent.]]

ART. 205. Lorsque les pièces seront représentées par les dépositaires, il est laissé à la prudence du juge-commissaire d'ordonner qu'ils resteront présents à la vérification pour la garde desdites pièces, et qu'ils les retireront et représenteront à chaque vacation, ou d'ordonner qu'elles resteront déposées ès-mains du greffier, qui s'en chargera par procès-verbal : dans ce dernier cas, le dépositaire, s'il est personne publique, pourra en faire expédition, ainsi qu'il est dit par l'art. 203; et ce, encore que le lieu où se fait la vérification soit hors de l'arrondissement dans lequel le dépositaire a le droit d'instrumenter.

Tarif, 166. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 259 à 261, nos 36 à 45.] — C. de proc., art. 203, 245. — C. d'inst. crim, art. 456. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Vérification*, n° 96. — Armand Dalloz, v° *Vérification*, nos 89 à 91. — QUESTION TRAITÉE : Si le dépositaire n'est pas resté gardien de la minute pendant l'opération, et qu'il n'en ait pas été dressé d'expédition, à qui appartiendra le droit de délivrer des copies des expéditions de cette minute? *Q.* 844.]

CLXIII. L'article qui précède ne fournit matière à aucune explication, si ce n'est relativement à l'expédition ou copie collationnée que peut faire un dépositaire public de la pièce dont le juge-commissaire ordonnait le dépôt au greffe. La loi déclare expressément, comme on l'a vu sur l'art. 203, qu'une expédition ainsi faite est régulière, et peut en conséquence remplacer la minute, encore bien, porte l'art. 205, que le lieu où s'opère la vérification soit hors de l'arrondissement dans lequel le dépositaire a le droit d'instrumenter (1).

844. *Si le dépositaire n'est pas resté gardien de sa minute pendant l'opération, et qu'il n'en ait pas été dressé d'expédition, à qui appartiendra le droit de délivrer des copies ou des expéditions de cette minute?*

On remarque cette différence entre les dispositions de l'art. 203 et celles de l'art. 205, que, suivant le premier, les dépositaires publics sont obligés de faire des copies des actes avant d'en envoyer les minutes, tandis que le second laisse à leur disposition de faire ou de ne pas faire de semblables copies. La

(1) L'expédition dont il s'agit ici étant faite pour être placée au nombre des minutes des dépositaires, afin d'en délivrer des expéditions ou copies, conformément à l'art. 203, il s'ensuit que cette expédition, qu'ils tirent au greffe, doit être collationnée et certifiée par le président du tribunal au greffe duquel la pièce est déposée. Il doit être dressé procès-verbal de cette collation, et les frais seront remboursables par le demandeur en vérification. En un mot, on doit appliquer, au cas où le dépositaire entend tirer une expédition de la pièce qu'il a apportée, les solutions que nous avons données sur l'art. 203. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 315, et le Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 417 et 418.)

raison de cette différence, c'est qu'en ce dernier cas ils portent eux-mêmes leurs minutes, et, par conséquent, l'on n'a pas à craindre qu'elles soient égarées.

Mais s'il arrivait qu'un dépositaire public n'usât pas de la faculté que lui donne l'art. 203 de tirer expédition de la minute qu'il déposerait au greffe, il est évident que le droit d'en donner des copies ou expéditions appartiendrait au greffier du tribunal : mais sans que cet officier ministériel pût exiger de plus fortes rétributions que celles qui seraient dues au dépositaire qui aurait apporté la minute. — *V. Quest.* de LEPAGE, p. 181 ; DEMIAU-CROUZILHAC p. 164; Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 1, p. 417.

[[Cette opinion est partagée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 373; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 435, et DALLOZ, t. 12, p. 949. Elle découle nécessairement de l'analogie qui existe entre le cas qui nous occupe et celui de l'art. 245 C. proc. civ.]]

ART. 206. A défaut ou en cas d'*insuffisance* (1) des pièces de comparaison, le juge-commissaire pourra ordonner qu'il sera fait un corps d'écriture, lequel sera dicté par les experts, le demandeur présent ou appelé.

Tarif, 70 et 92. [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 262, n°s 46 à 52.] — Ordonn. de 1737, tit. XI, art. 44 — Loi du 3 brum. an IV, art. 538. — C. d'inst. crim., art. 461. — [Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Vérification*, n°s 87 à 90. — Armand Dalloz, *ibid.*, n°s 92 à 96. — Locré, t. 21, p. 451 et 601. — QUESTIONS TRAITÉES : Le procès-verbal des experts serait-il nul si le corps d'écriture n'avait pas été dicté en présence du demandeur ou lui dûment appelé? *Q.* 844 *bis*. — Le juge-commissaire peut-il ordonner d'office qu'il sera fait un corps d'écriture? *Q.* 845. — Quand cette opération est ordonnée d'office, quelle sera la partie à la requête de laquelle l'ordonnance sera signifiée tant au défendeur, pour faire le corps d'écriture, qu'au demandeur lui-même pour y être présent? *Q.* 846. — Que fera le juge-commissaire, si les pièces de comparaison manquent, et que l'auteur de l'écriture méconnue soit décédé? *Q.* 847. — Si le défendeur laissait défaut ou refusait de faire le corps d'écriture, le juge-commissaire pourrait-il tenir la pièce pour reconnue? *Q.* 848.]

CLXIV. La loi, dans l'article qui précède, laisse quelque chose à désirer sur la marche à tenir relativement à l'opération qu'elle prescrit. Il convient de remarquer, d'abord, que la confection du corps d'écriture doit avoir lieu devant le juge-commissaire, quoique notre article ne s'explique pas à cet égard; secondement, que l'ordonnance peut être rendue, soit à l'instant où l'on procède au choix des pièces de comparaison, lorsque, dès lors, on ne juge pas suffisantes celles que l'on choisit, soit au jour même de la vérification, lorsque les experts ne croient pas trouver, dans les pièces qui leur sont présentées, des points de comparaison capables de fixer leur avis; troisièmement, que si la confection du corps d'écriture a été prescrite par l'ordonnance qui a fixé le jour de la vérification, la partie poursuivante, en signifiant cette ordonnance, a dû sommer l'autre partie de comparaître, non-seulement pour assister à la prestation de serment des experts, ainsi qu'au dépôt des pièces de comparaison, mais encore pour effectuer le corps d'écriture, ou pour le voir effectuer, suivant que la sommation est donnée par le demandeur ou par le défendeur; quatrièmement, que si ce n'est qu'au moment où les pièces de comparaison sont apportées devant le juge-commissaire, que la confection du corps d'écriture est ordonnée, l'on peut y procéder sur-le-

(1) *Insuffisance.* Dans le cas, par exemple, où les pièces de comparaison seraient fort anciennes, et que l'on pût par conséquent penser que l'écriture eût beaucoup varié, ou s'il était allégué que la personne eût déguisé son écriture dans ces pièces, ou enfin lorsqu'il n'existe, pour vérifier un corps d'écriture, que de simples signatures de la partie.

champ, si les deux parties comparaissent pour assister à la prestation de serment des experts, et au dépôt des pièces de comparaison ; mais, si l'un ou l'autre est absent, le juge-commissaire doit, par son ordonnance, indiquer un autre jour, tant pour la confection du corps d'écriture que pour la vérification à faire ensuite ; cinquièmement, qu'en ce cas, le poursuivant signifie cette ordonnance à l'autre partie seulement, avec sommation de comparaître au jour indiqué, et, quant aux experts, ils emportent simplement intimation, par le procès-verbal, à comparaître au jour indiqué pour la seconde vacation (art. 1034); sixièmement, qu'à ce jour, le défendeur se présente en personne, pour effectuer le corps d'écriture qui lui est dicté par les experts (1).

[[**844** bis. *Le procès-verbal des experts serait-il nul si le corps d'écriture n'avait pas été dicté en présence du demandeur ou lui dûment appelé?*

La négative est adoptée par un arrêt de la Cour de Rennes, du 16 juillet 1817 (*J. Av.*, t. 22, p. 443). L'auteur du *Journal des arrêts* de cette Cour, rédigé à cette époque sous la direction de M. Carré, rapporte cet arrêt au t. 4, p. 686, et le fait suivre de quelques observations critiques que voici : « La décision « contraire paraîtrait plus conforme aux principes admis relativement aux « nullités substantielles. Il ne s'agit pas ici d'un simple vice de forme, mais « d'un droit accordé au demandeur d'être appelé pour être présent à la con- « fection d'un corps d'écriture. Or il est difficile d'admettre que l'on puisse le « priver de ce droit, sous prétexte que la loi ne porte pas la peine de nullité. « Ici la nullité paraît substantielle, attendu qu'un acte fait sans avoir appelé « la partie qui a droit d'être présente à sa confection doit être considéré « comme non avenu par rapport à elle. »

Ces considérations nous paraissent justes. S'il avait été présent ou appelé, le demandeur aurait eu le droit de faire telles observations qu'il aurait cru utile, de prouver, par exemple, que le défendeur faisait ses efforts pour contrefaire son écriture, et demander acte de la pose du corps et de la main pour établir ensuite par témoins que telle n'était pas son habitude. Il n'appartenait à personne de le priver d'un droit aussi précieux.]]

845. *Le juge-commissaire peut-il ordonner d'office qu'il sera fait un corps d'écriture?*

Les termes seuls de l'article, et une conséquence nécessaire de ce qu'il veut que le demandeur soit appelé, démontrent que le juge-commissaire peut ordonner d'office qu'il sera fait un corps d'écriture.

Il n'est pas besoin de remarquer que ceci n'a lieu qu'autant que c'est au défendeur lui-même que l'écriture ou la signature est attribuée.

[[Nous pensons, comme MM. DALLOZ, t. 12, p. 949, FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 922, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 373, que cette doctrine est incontestable.]]

846. *Quand cette opération est ordonnée d'office, quelle sera la partie à la requête de laquelle l'ordonnance sera signifiée, tant au défendeur, pour faire le corps d'écriture, qu'au demandeur lui-même, pour y être présent?*

Les auteurs du Comm. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 1, p. 420, sont d'avis que le juge-commissaire ordonne aussi d'office la signification de cette

(1) Dans cette circonstance, les experts ont l'attention de dicter au défendeur, ou le contenu même de la pièce à vérifier, ou quelque chose de semblable, quant aux expressions, pour le surprendre, s'il est possible, même dans le soin qu'il prendrait de déguiser son écriture.

ordonnance, tant au défendeur qu'au demandeur, et mette provisoirement l'avance des frais de cette ordonnance et de sa signification à la charge du demandeur, sauf à les faire supporter en définitive par celle des parties qu'il appartiendra.

M. DELAPORTE, t. 1, p. 209, ne parle point de sommation à faire au défendeur; il se borne à dire que c'est à la requête de ce dernier que le demandeur doit être sommé d'être présent à la confection du corps d'écriture; mais il ajoute que, si le défendeur gardait le silence, ce serait au juge-commissaire à ordonner d'office la signification de son ordonnance au demandeur, parce qu'autrement, il dépendrait du défendeur de paralyser la justice.

Nous ne pensons pas que le juge-commissaire doive faire notifier d'office des sommations aux parties. Ce serait une manière d'agir tout-à-fait opposée à ce qui se pratique ordinairement; le juge *ordonne* et laisse aux parties intéressées à exécuter ou à faire exécuter ses ordres (1).

---

(1) C'est pourquoi, dans l'espèce de la question que nous avons posée, le tarif, sans distinguer si le corps d'écriture a été ordonné d'office ou sur les conclusions du demandeur, suppose, dans les art. 70 et 92, que la sommation qui sera faite à ce dernier, pour qu'il soit présent à la confection de cette pièce, aura lieu, de la part du défendeur, par acte d'avoué à avoué. (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 270, note 20, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 165.)

A la vérité, l'art. 206 du Code et les art. précités du tarif ne laissent rien à supposer sur la sommation à faire au défendeur, afin de le constituer en demeure de faire le corps d'écriture ordonné par le commissaire, et c'est en cela que réside particulièrement la difficulté que présente notre question.

Il nous semble qu'elle doit être examinée dans les deux cas suivants:

Ou le juge-commissaire ordonne d'office le corps d'écriture à une époque où les parties sont présentes, ou il l'ordonne hors de leur présence.

Dans le premier cas, nous croyons qu'il peut, en prescrivant la confection du corps d'écriture, fixer le jour auquel on y procédera, et dire que les parties emporteront sommation de comparaître ce même jour, sauf au demandeur à faire assigner les experts, s'ils n'étaient pas présents, ainsi qu'il arriverait si le juge rendait son ordonnance, soit lors de la comparution des parties pour s'accorder sur les pièces de comparaison (*V.* art. 199), soit sur les observations qui lui seraient faites par les experts dans leur procès-verbal.

Dans le second cas, nous pensons que le juge doit se borner à ordonner le corps d'écriture, sauf à la partie la plus diligente à prendre son ordonnance pour faire fixer jour et heure.

Ce serait cette ordonnance que l'on notifierait avec sommation par acte d'avoué à avoué, conformément aux art. 70 et 92 du tarif, soit au défendeur à requête du demandeur, afin que celui-ci comparaisse pour faire le corps d'écriture, soit au demandeur à requête du défendeur, afin que le premier soit présent à la confection de la pièce.

Mais il faut observer que, le défendeur étant, dans ce cas-ci, appelé à comparaître en personne, et pour un fait qui lui est personnel, le juge-commissaire aura dû fixer un délai convenable à raison des distances. (*V.* la 815e *question.*)

Ainsi, nous le répétons, nulle obligation au juge-commissaire de faire d'office notifier des sommations aux parties, puisque chacune d'elles peut, par elle-même, constituer l'autre en demeure de faire ce qui lui incombe.

L'on opposerait en vain que les parties pourraient ignorer que le juge-commissaire eût ordonné d'office la confection du corps d'écriture : en effet, son ordonnance est insérée, soit dans les procès-verbaux qu'il rédige, soit du moins à la suite des écritures faites au greffe. Or les parties ont nécessairement connaissance de ces actes, qu'elles doivent retirer afin de poursuivre l'audience. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 317 et 318.)

¶ Nous avons approuvé, dans notre Commentaire du tarif, t. 1, p. 262 et 263, les décisions de M. Carré contenues dans cette question, et dans la note qu'il y a ajoutée. Tel est aussi l'avis de M. DALLOZ, t. 12, p. 949. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 922, semble dire que, dans tous les cas, c'est au demandeur à faire exécuter l'ordonnance qui prescrit le corps d'écritures. Il oublie sans doute que le défendeur peut y être plus intéressé que le demandeur lui-même, s'il compte que son succès résultera de cette opération; et, dans ce cas, pour que l'opération ne soit pas nulle, ou susceptible d'être critiquée, il devra prendre la précaution d'y appeler le demandeur par acte d'avoué. ¶

847. *Que fera le juge-commissaire, si les pièces de comparaison manquent, et que l'auteur de l'écriture méconnue soit décédé?*

Nous pensons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 87, que l'impossibilité où se trouve le demandeur de faire vérifier la pièce qu'il produit, le soumet à l'application de la règle de droit qui met la preuve à la charge du demandeur, *actori incumbit onus probandi;* qu'ainsi, faute à lui de prouver que l'écriture ou la signature est de la main de la personne à laquelle il l'attribue, il ne peut se servir de la pièce pour établir ou pour appuyer sa demande.

[[M. DALLOZ, t. 12, p. 949, enseigne, avec raison, la même doctrine; mais ce n'est pas le juge-commissaire qui déclare l'action non recevable, ce droit n'appartient qu'au tribunal entier.]]

848. *Si le défendeur laissait défaut ou refusait de faire le corps d'écriture, le juge-commissaire pourrait-il tenir la pièce pour reconnue?*

Autrefois, disent les auteurs du *Praticien*, *ubi suprà*, le juge pouvait imposer au défendeur l'obligation de faire le corps d'écriture, sous peine de voir tenir la pièce pour reconnue. La loi nouvelle gardant le silence sur cette mesure, les mêmes auteurs estiment que l'on doit procéder, dans cette circonstance, comme l'on ferait si une partie refusait de prêter un serment déféré (C. C., art. 1361); qu'en conséquence, le défendeur devrait succomber dans son exception de dénégation ou de méconnaissance de la pièce.

Nous partageons cette opinion, en faisant observer toutefois que nous ne pensons pas que le juge-commissaire soit compétent pour déclarer que la pièce sera tenue pour reconnue : il devrait, selon nous, constater le refus du défendeur sur son procès-verbal, et renvoyer à la prochaine audience, pour, sur son rapport, être prononcé par le tribunal ainsi qu'il est dit en l'art. 199; sauf, en cas de présence des parties, à leur enjoindre de comparaître à cette audience.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 438, ne partage pas l'opinion de M. Carré, dans ce sens qu'il refuse au juge-commissaire le droit d'en référer au tribunal, et il se fonde sur ce que le défendeur ne pourrait pas exposer ses moyens sur le simple rapport du juge, ni être à même d'en relever les inexactitudes ou insuffisances; il pense donc que le juge doit se contenter de renvoyer les parties à se pourvoir. Nous croyons devoir combattre cette décision. Car, en exprimant son refus devant le juge-commissaire, ou la partie en a fait connaître les motifs, ou elle a refusé de les exposer. Dans le premier cas, le rapport ne portera que sur les motifs exprimés, et comment la partie ne serait-elle pas en mesure de les soutenir? Dans le second cas, le rapport ne pourra les faire connaître. Mais la partie ne sera-t-elle pas libre de tes développer elle-même? Nous croyons que l'intérêt de sa défense ne peut nullement souffrir du référé prononcé par le commissaire. C'est du reste ainsi que le pensent avec nous, et avec M. Carré, MM. DALLOZ, t. 12, p. 949, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 373.]]

ART. 207. Les experts ayant prêté serment, les pièces leur étant communiquées, ou le corps d'écriture fait, les parties se retireront, après avoir fait, sur le procès-verbal du juge-commissaire, telles réquisitions et observations qu'elles aviseront.

Tarif, 92. — [Notre Commentaire du Tarif, t. 1 p. 253, n° 63.] — Ordonn. de 1667, tit. XXI, art. 10. — C. de P., art. 236, 315. — [Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Vérification*, n° 91, 101, 102, 105 — QUESTION TRAITÉE : Quel peut être en général l'objet des réquisitions et observations que les parties

avant de se retirer pour laisser procéder les experts, peuvent faire sur le procès-verbal du juge-commissaire? *Q* 849. (1).]

CLXV. Tous les préliminaires exigés par la loi ayant été remplis, afin de mettre les experts en état de comparer les écritures pour vérifier la pièce contestée, la loi veut avec sagesse que cette opération n'ait pas pour témoins les parties, dont la présence, les observations ou les protestations pourraient troubler ou influencer les vérificateurs.

849. *Quel peut être, en général, l'objet des réquisitions et observations que les parties, avant de se retirer pour laisser procéder les experts, peuvent faire sur le procès-verbal du juge-commissaire?*

Ces réquisitions et observations consistent, par exemple, à inviter les experts à examiner telles ou telles ressemblances ou différences de l'écriture contestée avec les pièces de comparaison; à leur faire remarquer, dans le cas où, parmi ces pièces, se trouverait un corps d'écriture qu'ils auraient dicté au défendeur, que ce dernier aurait déguisé son écriture ordinaire, ou que l'âge ou les infirmités auraient apporté un changement entre son écriture actuelle et celle de la pièce à vérifier, etc.

Le procès-verbal doit rapporter littéralement toutes ces observations et les réponses qui y sont faites; chaque partie doit signer ses dires. C'est ensuite aux experts qui les ont entendus, et qui, d'ailleurs, peuvent consulter le procès-verbal qui les contient, à y avoir, en opérant, tel égard que de raison.

[[*V.* les mêmes observations développées par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 374. Il recommande, avec raison, au juge-commissaire d'éviter que les parties ne cherchent à influencer l'opinion des experts.—*V.* aussi le n° 2 de la jurisprudence.]]

ART. 208. Les experts procèderont conjointement à la vérification, au greffe, devant le greffier ou devant le juge, s'il l'a ainsi ordonné; et, s'ils ne peuvent terminer le même jour, ils remettront à jour et heure certains indiqués par le juge ou par le greffier.

Tarif, 164.—[Notre Comm. du Tarif, p. 263, n° 53.]—Ordonn. de 1737, t. 1, art. 22 et 23, et Ordonn. de 1670, tit. VIII, art. 11 et 12. — C. de P., art. 236, 317. — [Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Vérification*, n° 103.—Armand Dalloz, v° *Vérific.*, n° 97.—Locré, t. 21, p. 452, n° 116.—QUESTIONS TRAITÉES : En disant que les experts procèderont, au greffe, à la vérification, l'art. 208 suppose-t-il qu'ils y rédigeront leur procès-verbal? *Q.* 850.—Mais l'opération serait-elle nulle si le procès-verbal ne fournissait pas la preuve que les prescriptions de l'art. 208 ont été observées, par exemple, que les experts ont procédé au greffe devant le juge ou le greffier, et qu'en cas de renvoi, ils ont remis à jour et heure certains indiqués par l'un ou l'autre? *Q* 850 *bis*.]

CLXVI. Isolés des parties, comme on l'a vu par l'article précédent, les ex-

---

(1) JURISPRUDENCE

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'il s'agit de faire vérifier par experts l'écriture méconnue d'un testament olographe, il n'appartient pas à l'une des parties de demander aux experts de vérifier avant tout si tel ou tel mot est surchargé, et les experts qui décident que le corps entier du testament est de la main du testateur décident par là même implicitement que les mots surchargés l'ont été par lui. (Bordeaux, 4 fév. 1829, *J.* de Bordeaux, t. 4, p. 87.)

2° En matière de vérification d'écriture, les parties peuvent demander que le juge-commissaire insère dans le procès-verbal du serment des experts toutes leurs observations qui seraient propres à éclairer les experts dans leur travail. (Bruxelles, 13 avril 1830, *V. J. Arr.* de Bruxelles, 1830, t. 2, p. 79. *V.* la *Quest.* 849.)]

perts s'occupent conjointement de la vérification d'écriture, qui se fait au greffe, soit devant le greffier, soit devant le juge-commissaire lui-même, si ce dernier a cru devoir l'ordonner ainsi, à raison d'empêchement; mais, comme il peut arriver très souvent que les détails minutieux auxquels se livreraient les experts ne leur permissent pas de terminer le même jour, la loi autorise le juge ou le greffier à remettre la continuation à jour et heure certains, qu'il indique dans son procès-verbal, et auxquels les experts emportent intimation de se trouver. (*V.* art. 1034.)

850. *Endisant que les experts procéderont, au* GREFFE, *à la vérification, l'art.* 208 *suppose-t-il qu'ils y rédigeront leur procès-verbal?*

Nous croyons que ces expressions, *les experts procèderont à la vérification*, embrassent toute l'opération qu'ils ont à faire, c'est-à-dire l'inspection des pièces, leur rapprochement, la délibération, et *la rédaction du rapport.* Ainsi, dans notre opinion, le rapport doit être écrit *au greffe*, de même que l'on y fait toutes les opérations qui le précèdent.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 375, exprime exactement la même opinion. Il croit infiniment utile que toutes les phases de l'opération aient lieu en présence du juge ou du greffier : « C'est une garantie, dit-il, que les experts procèderont conjointement, qu'ils ne compteront point plus de vacations qu'ils n'en auront employées, et que des tiers ne viendront ni les troubler, ni les influencer dans leur rapport. » Nous croyons que cette décision est conforme à l'esprit de la loi.]]

[[**850** bis. *Mais l'opération serait-elle* nulle *si le procès-verbal ne fournissait pas la preuve que les prescriptions de l'art.* 208 *ont été observées, par exemple que les experts ont procédé au greffe devant le juge ou le greffier, ou qu'en cas de renvoi, ils ont remis à jour et heure certains indiqués par l'un ou l'autre?*

Oui, aux termes de l'arrêt de la Cour de Besançon du 29 mars 1817 (*J. Av.*, t. 22, p. 442). Vainement prétendrait-on que cette nullité n'est point prononcée par cet article, et que dès lors on doit appliquer l'art. 1030 du C. de proc.; parce que, d'une part, ce dernier article ne concerne que les actes de procédure, et que, de l'autre, l'obligation imposée aux experts par l'art. 208 est essentielle et rigoureuse. La présence du juge ou celle du greffier sont en effet des formalités substantielles qu'il n'est pas permis de violer impunément. Les experts seuls n'ont pas capacité suffisante pour procéder : mandataires de justice, ils n'ont néanmoins de mandat que sous cette condition ; qui donc en effet exercerait l'autorité dévolue par la loi au juge-commissaire? Nous ne dissimulerons pas, néanmoins, qu'un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 18 juin 1836 (*J. Arr.* de cette Cour, 1836, t. 2, p. 486), a posé des principes contraires à ceux qu'a adoptés la Cour de Besançon. Cependant la Cour de Bruxelles a évité de décider si l'absence du juge ou du greffier emportait nullité. Elle a seulement déclaré que, la formalité fût-elle essentielle, il ne le serait pas que le procès-verbal en fît mention, et que ce défaut de mention ne serait pas dans tous les cas une preuve suffisante de l'inaccomplissement de la formalité.

D'un autre côté, M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 439, se bornant à parler d'un seule des dispositions de l'art. 208, celle qui veut qu'il soit procédé *conjointement* par les experts, décide que sa violation n'entraînerait pas nullité. Il est probable qu'il n'aurait pas embrassé la même solution, s'il se fût agi des autres prescriptions du même article.]] **Supp alph.**, V° *Vérification d'écrit.*, n. 166, 167.

ART. 209. Leur rapport sera annexé à la minute du procès-verbal du juge-commissaire, sans qu'il soit besoin de l'affirmer ; les pièces

seront *remises aux dépositaires* (1), qui en décharger ont le greffier sur le procès-verbal.

La taxe des journées et vacations des experts sera faite sur le procès-verbal, et il en sera délivré exécutoire contre le demandeur en vérification (2).

[Notre Comm. do Tarif. t. 1, p. 264, n° 56 à 63.]—Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 63.—C. de P., art. 210, 242, 318.—C. d'inst. crim., art. 463.— [Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Vérification*, n°s 97, 98.— Arm. Dalloz, v° *Vérification*, n°s 99 à 102. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque le commissaire n'a pas assisté à la vérification, est-ce le greffier qui reçoit le rapport des experts, qui les taxe ainsi que les dépositaires de pièces, et qui ordonne que ces pièces seront remises à ceux-ci? *Q.* 851. — Faut-il, en tous les cas, que les dépositaires apposent sur le procès-verbal leur déclaration de décharger le greffier des pièces? *Q.* 852.]

CLXVII. On exigeait autrefois que les experts déclarassent, à la fin de leur procès-verbal, qu'il contenait leur véritable décision prise en leur âme et conscience; mais cette formalité a semblé inutile, dès lors qu'ils prêtent serment avant de commencer leur opération.

851. *Lorsque le commissaire n'a pas assisté à la vérification, est-ce le greffier qui reçoit le rapport des experts, qui les taxe, ainsi que les dépositaires de pièces, et qui ordonne que ces pièces seront remises à ceux-ci?*

On ne peut douter que ce ne soit au juge-commissaire qu'il appartienne exclusivement de faire ces opérations, puisqu'elles doivent être constatées dans le procès-verbal auquel le rapport doit être annexé. — (*V.* la formule donnée par M. PIGEAU, t. 1, p. 317, et le *Traité* de M. Demiau-Crouzilhac, p. 166.) [[Cet avis ne peut être contesté.]]

852. *Faut-il, en tous les cas, que les dépositaires apposent sur le procès-verbal leur déclaration de décharger le greffier des pièces?*

Il est bien certain que les dépositaires n'ont point à donner de décharge au greffier, lorsqu'ils restent présents à la vérification, ainsi qu'il peut arriver d'après l'art. 205. La décharge n'est donc exigée que dans le cas où, conformément à l'art. 201, et à une autre disposition du même art. 205, les minutes auraient été apportées au greffe.

En ce dernier cas, nulle difficulté relativement à l'exécution de l'art. 209. Les dépositaires qui se trouvent sur les lieux, ou qui n'en sont pas éloignés, pourront signer, sur le procès-verbal, la décharge du greffier.

Mais comment exécuter ce même article, lorsque, le tribunal ayant ordonné, conformément à l'art. 202, que les pièces seront *envoyées* au greffe, cet envoi aura été fait par le dépositaire?

On sent que la loi n'a autorisé les tribunaux à ordonner que les dépositaires enverront les pièces de comparaison, qu'afin de ne pas distraire de leurs fonctions des officiers publics, dont la présence est nécessaire au lieu où ils les exercent.

---

(1) *Remises*, ou *renvoyées* aux dépositaires, s'ils demeurent dans un autre lieu, par les voies qu'indiquera le tribunal. (*V.* ci-après la *Question* 852.)

(2) L'art. 209 eût dû former le 210e, et celui-ci être mis à la place que l'autre occupe, puisque la disposition qu'il renferme suppose nécessairement l'opération terminée, et que la partie poursuivante n'a plus qu'à en lever une expédition, pour la signifier à son adversaire, à l'effet d'engager la discussion, tant sur l'avis des experts que sur la procédure en vérification, qu'il est également permis de critiquer et de combattre.

Le même motif exige qu'ils ne soient pas obligés à se déplacer pour venir reprendre les pièces qu'ils ont envoyées, et en donner décharge au greffier. Aussi le tribunal, ainsi que nous l'avons dit sur la 840e *Quest.*, doit-il indiquer par quelle voie ces mêmes pièces leur seront renvoyées?

Il résulte de là que les dépositaires ne sont point obligés de donner décharge sur le procès-verbal. Le greffier n'aura donc qu'à constater, à la suite de cet acte, le renvoi qu'il aura fait en exécution du jugement qui l'aura prononcé. Il mentionnera de plus qu'il joint au procès-verbal toute pièce qui peut fournir la preuve qu'il a rempli cette obligation, par exemple, le récépissé du directeur des postes ou messageries, etc.

Ce sera ensuite aux dépositaires à envoyer au greffier un accusé de réception, dont il devra constater également l'existence à la suite du procès-verbal, auquel il aura soin de l'annexer.

[[M. PICEAU, *Comm.* t. 1er, p. 439, pense aussi que les pièces peuvent être renvoyées par la même voie dont on s'était servi pour les envoyer; il avait déjà dit, à la page 434, que la reconnaissance du directeur de la poste tient lieu de décharge et de procès-verbal, ce qui suppose que le greffier n'aurait pas besoin d'en faire mention. Nous pensons néanmoins que le greffier, pour mettre sa responsabilité à couvert, doit constater l'envoi par un acte et y annexer le récépissé; car il aurait toujours à craindre que la feuille qui le contient ne vînt à disparaître et à se perdre. *V.* aussi M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 376.]]

ART. 210. Les trois experts seront tenus de dresser un rapport commun et motivé, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix.

S'il y a des avis différents, le rapport en contiendra les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître l'avis particulier des experts.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 264, n° 55.]--C. de proc., art. 318, 322 et 323. — [Notre Dictionnaire général de procédure, vis *Expertise*, nos 140 à 144; *Vérification*, n° 104. — Devilleneuve, vo *Vérificat.*, n° 27. — Arm. Dalloz, vo *Vérificat.*, nos 98, 99 — Locré, t. 21, p. 602, n° 8 — QUESTIONS TRAITÉES : juges sont-ils tenus de prononcer suivant l'opinion des experts? *Q.* 853. — Comment faut-il procéder après la signification du rapport? *Q.* 853 *bis*.(1)]

CLXVIII. On voit, par cet article, que les experts, ayant achevé d'examiner les écritures, et fait tous leurs efforts pour s'éclairer, vont aux opinions, et dressent un rapport commun et motivé de leur avis rendu à la pluralité des voix. Ce rapport renferme, 1° le détail de leurs opérations, c'est-à-dire les points de ressemblance ou de dissemblance qui les ont frappés dans la comparaison des écritures; 2° l'avis commun qui en est résulté. Si les experts ne sont pas tous du même avis, le rapport doit contenir les motifs de chaque opinion, mais sans faire connaître à qui cette opinion appartient; car la loi veut que les juges se déterminent par leurs propres lumières, plutôt que par

---

(1) JURISPRUDENCE.

Nous pensons que

1° Dans le cas d'expertise pour la vérification d'écriture de deux testaments, il ne suffit pas que le rapport des experts énonce qu'ils pensent à la pluralité des voix que les deux testaments ne sont pas écrits par celui à qui on les attribue, le tribunal peut exiger que le rapport fasse connaître les motifs de l'expert dissident. (Bourges 22 déc. 1825. *Gaz. des trib.* 2 déc. 1825.)

2° Un rapport d'experts par lequel ils déclarent ne pouvoir juger si la pièce est vraie ou fausse est nul, et, par suite, il y a lieu d'en ordonner un nouveau. (Bruxelles, 20 nov. 1822, *J. Arr.* de cette Cour, *t.* 2, de 1822, *p.* 200.)

une confiance aveugle en tel ou tel expert. (*Voy.* la *Question* suivante.) Enfin, dès qu'ils ont rédigé et signé leur rapport commun, ils en font la remise au juge-commissaire, s'il est présent, sinon au greffier, et leur mission est remplie (1).

853. *Les juges sont-ils tenus de prononcer suivant l'opinion des experts ?*

Nous pensons que, s'il est une circonstance dans laquelle on doive appliquer l'adage *dictum expertorum nunquàm transit in rem judicatam*, c'est surtout en matière de vérification d'écritures, où les apurements des experts ne sont que les résultats d'un art purement conjectural. Le rapport des experts ne saurait donc lier les juges ; ceux-ci sont autorisés à s'en écarter, d'après leurs lumières, leur conscience et les circonstances de la cause.

Cette proposition est prouvée par plusieurs jugements qui se sont écartés de la décision des experts, et que Serpillon rapporte dans son Code du faux ; elle a d'ailleurs été consacrée par la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt cité sur la 804e *Quest.* (V. *Journ. du Palais*, 2e sem. an 11, p. 380), et par celle de cassation, dans un autre arrêt rendu par la section des requêtes, le 16 thermidor an 10 (même *Journ.*, an 10, 2e sem., p. 529). Le premier a décidé que le rapport n'opère qu'une simple présomption ; le second, que rien n'empêche les juges de joindre leurs lumières à celles des experts, pour prononcer ce qu'ils jugent convenable (2).

[[*V.* M. PIGEAU, *Comm.* t. 1, p. 444. *V.* aussi MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 376, et MERLIN, *Rép.* v° *Succession future.* Le juge, dit M. Thomine, n'est pas obligé de suivre une opinion à laquelle s'opposerait sa conviction, il peut ordonner quelquefois un nouveau rapport. Il faut consulter les nombreuses décisions que nous avons citées sous l'art. 323, *Quest.* 1220, et *suprà* la *Question* 804.]]

[[**853** bis. *Comment faut-il procéder après la signification du rapport?*

L'audience devra être poursuivie sur un simple acte. *V.* M. PIGEAU, *Traité*, t. 1, p. 335, et notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 265.]]

ART. 211. Pourront être entendus comme témoins, ceux qui auront vu écrire ou signer l'écrit en question, ou qui auront connaissance de faits pouvant servir à découvrir la vérité.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 265, n° 64.] — Ord. de 1670, tit. 8, art. 14, et *suprà*, art. 196. — [Notre Dictionn. gén. de proc., v^{is} *Enquête*, n°s 107, 425 et 426; *Vérification*, n°s 51 et 55 à 60. — Devilleneuve, v° *Vérification*, n°s 20, 21 et 22. — Arm. Dalloz, v° *Vérification*, n°s 103 à 108. — Locré, t. 21, p. 602, n° 9. — QUESTIONS TRAITÉES : Ne doit-on permettre la vérification par témoins qu'autant qu'il n'existe pas de pièces de comparaison, qu'elles sont insuffisantes, ou qu'on ne peut avoir un corps d'écriture? *Q.* 854. — Quels sont les faits pouvant servir à découvrir la vérité dont la connaissance suffira pour rendre admissible un témoin? *Q.* 854 *bis*. (3)]

---

(1) Après que l'opération des experts est terminée, les pièces de comparaison sont remises aux dépositaires. (*V. Quest.* 852.) La taxe des journées et vacations, et celle des frais de voyages des dépositaires, est faite sur le même procès-verbal par le juge-commissaire, et le greffier en délivre exécutoire contre le demandeur en vérification.

(2) Voyez aussi l'arrêt de la Cour de cassation rapporté au nouveau *Répertoire*, 3e édit., v° *Succession*, 2e vol., 3e alinéa ; ce qui est établi aux *questions de droit*, v° *Vérification d'écritures*, p. 532, et le *Traité* de M. Toullier, t. 8, n° 337.

(3) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Les témoins qui ont vu écrire l'acte dont la vérification est ordonnée, et même l'ont signé avec la personne dont on méconnaît

CLXIX. On a vu (art. 195) que la vérification d'écriture peut tout à la fois être faite, non-seulement par titres et par experts, mais encore *par témoins*. En ce dernier cas, le juge-commissaire peut, en se conformant aux règles générales prescrites pour les enquêtes, délivrer ordonnance à l'effet d'assigner des témoins, procéder à leur audition, dresser procès-verbal de leurs noms et qualités, de leur prestation de serment, des reproches formés contre eux, et de leurs dépositions. Mais c'est une règle générale, en matière d'enquête, que la preuve testimoniale ne puisse être admise que sur des faits décisifs : il faut donc ici que les témoins produits aient vu écrire ou signer l'écrit en question, ou du moins qu'ils aient connaissance de faits qui conduisent directement à la découverte de la vérité.

854. *Ne doit-on permettre la vérification par témoins qu'autant qu'il n'existe pas de pièces de comparaison, qu'elles sont insuffisantes, ou qu'on ne peut avoir un corps d'écriture?*

On pourrait croire que M. Pigeau aurait préjugé cette question pour l'affirmative, si l'on s'arrêtait rigoureusement aux expressions dont il s'est servi t. 1, p. 318, n° 1; mais nous ne pensons pas que cet auteur ait entendu donner une telle décision. Il nous paraît au contraire bien démontré, par les discours des orateurs du gouvernement et du tribunat (*V.* édit. de F. Didot, p. 36 et 37), que les trois genres de preuve admis par l'art. 195 peuvent être employés simultanément, ainsi que nous l'avons dit sur la 804e *Quest.* « La conviction du magistrat, dit le conseiller d'état Treilhard, s'opère par *la réunion* de toutes ces preuves ; et ce qui pourrait manquer à l'une pour une parfaite démonstration peut être suppléé par ce qui résulte de l'autre, etc. » (*V.* Comment. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 1, p. 427, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 167.) [[*V.* nos observations sur la *Question* 804.]]

[[**854** bis. *Quels sont les faits pouvant servir à découvrir la vérité dont la connaissance suffira pour rendre un témoin admissible?*

Par exemple, dit M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 441, le fait d'avoir entendu celui auquel l'écrit est attribué, avouer directement ou indirectement qu'il en est l'auteur, qu'il l'a écrit ou signé.

Mais seraient-ils admis à déposer sur des faits de ressemblance de l'écriture ou de la signature à vérifier avec celles de la partie, dans le cas où ils auraient l'habitude de les voir? Non, sans doute, répond le même auteur. Encore moins pourraient-ils être consultés sur le plus ou le moins de rapport de l'écriture contestée avec celle des pièces de comparaison. Car, sur toutes ces choses, ils ne pourraient exprimer qu'une opinion; et, en matière d'enquête, ce n'est pas l'opinion du témoin que la loi demande, ce sont des faits qu'elle attend de lui : pour la comparaison et le jugement des pièces, on a les experts qui sont seuls compétents.

Cependant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 167, indique, comme l'une des preuves concluantes qui peuvent résulter de l'enquête, l'affirmation par les témoins qu'au vu de la pièce, ils y reconnaissent parfaitement l'écriture ou la signa-

---

la signature, ne peuvent être assimilés à ceux qui ont donné des certificats sur les faits relatifs au procès. (Rennes, 18 av. 1816, *J. Av.*, t. 11, p. 157.)

Il faut aussi consulter les diverses questions que nous avons examinées au titre *de l'Enquête.*]

ture de celui auquel on l'attribue, étant ou ayant été en relation d'affaires ou en correspondance avec lui.

Malgré les raisons de droit données par M. Pigeau, il nous semble en effet bien difficile de n'avoir pas égard à de semblables dépositions, lorsqu'elles émanent de témoins qui ont l'habitude, et, si nous pouvons parler ainsi, la connaissance instinctive de l'écriture de la partie. Leur opinion, quoi qu'on en puisse dire, nous paraît avoir bien plus de poids que celle d'experts auxquels on soumet des écritures qu'ils n'ont jamais vues, et qui sont réduits, pour les comparer, aux ressources d'un art matériel qui n'a rien d'exact, rien qui soit vraiment digne de confiance. Qu'importe qu'en déposant de cette sorte, le témoin exprime une opinion émanée de son jugement, et non un fait emprunté à sa mémoire? Où est la loi qui défend aux juges de consulter l'opinion du témoin, lorsque celui-ci se trouve placé dans les conditions nécessaires pour pouvoir en donner une qui soit conforme à la vérité?

Aussi la Cour de Bruxelles a-t-elle jugé, le 13 juillet 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1828, p. 70), que le juge commis à l'enquête peut entendre comme témoins ceux qui, sans avoir vu écrire et signer l'écrit en question, connaîtraient l'écriture de celui dont on soutient qu'il émane. A cette autorité vient se joindre celle de la Cour de cassation de France, qui, le 25 juillet 1833 (*S.*, t. 33, 1re part., p. 616), a rendu une décision semblable dans l'espèce suivante.

Sur une instance en vérification d'écriture d'un testament olographe, tant par titres que par experts et par témoins, une enquête eut d'abord lieu. Le juge-commissaire demanda aux témoins s'ils connaissaient les écriture et signature du testateur. Les héritiers protestèrent contre cette question et y virent une violation formelle de l'art. 211; ils empruntaient le système de M. Pigeau, que nous venons de rappeler.

Après l'enquête et la contre-enquête, l'expertise eut lieu, et les experts déclarèrent à l'unanimité que le testament n'était ni écrit, ni signé par le défunt.

Jugement qui, « considérant qu'il résulte des enquêtes que des témoins ont *reconnu* la signature apposée au testament pour être celle du défunt, qu'un plus grand nombre de témoins ont reconnu l'écriture et la signature dudit testament pour être celles du défunt, » déclare le testament véritable.

Appel. Arrêt qui, après une nouvelle expertise donnant les mêmes résultats que la première, confirme la sentence des premiers juges, en adoptant leurs motifs.

Pourvoi, pour violation de l'art. 211, Cod. proc. civ., en ce que les témoins avaient été interrogés, non sur des faits vus et entendus par eux, mais sur la question même de savoir si le testament critiqué était écrit par le défunt, question dont l'examen, disait-on, appartenait exclusivement aux experts, et non aux témoins. Rejet du pourvoi. « Attendu que la combinaison des art. 211 « et 234 du Cod. proc. civ. justifie la mesure qui a pour objet de présenter la « pièce arguée aux témoins, et de recevoir leurs témoignages sur cette pièce, « et qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de « la loi. »

Cette jurisprudence nous paraît bien préférable à celle de la Cour de Rennes qui, les 26 janvier et 26 mars 1813 (*I. Av.*, t. 22, p. 437 et 439), avait jugé dans un sens directement opposé. *V.* au surplus ce que nous avons dit d'analogue sous les *Quest.* 804 et 844 *bis.*]] **Supp. alph.**, V° *Vérification d'écriture*, n. 181.

ART. 212. En procédant à l'audition des témoins, les pièces déniées ou méconnues leur seront représentées, et seront par eux paraphées; il en sera fait mention, ainsi que de leur refus : seront, au surplus, observées les règles ci-après prescrites pour les enquêtes.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 265, n° 64.] — Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 25 et 26, et tit. 3, art. 13.—C. de Pr., art. 234, 252, 257, 262, 269 à 277.—C. d'inst. crim., art. 457.— [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Vérification*, n° 50.— Devilleneuve, v° *Vérification*, n°s 15 à 22 et 28. — Arm. Dalloz, v° *Vérification*, n°s 109 à 116. — QUESTIONS TRAITÉES : Si le demandeur s'était borné d'abord à l'un des trois genres de preuve indiqués par la loi, pourrait-il ensuite être admis à recourir aux autres? *Q.* 855. — Le défaut de paraphe entraînerait-il nullité? *Q.* 855 *bis*. — Peut-on appeler ou récuser comme témoins, en matière de vérification, les personnes que la loi défend d'appeler, ou qu'elle permet de récuser dans les enquêtes ordinaires? *Q.* 856.]

CLXX. La loi établit ici une formalité particulière aux enquêtes à faire sur une demande en vérification d'écriture; le juge-commissaire, après l'avoir remplie, reçoit les dépositions, et, l'enquête étant achevée, le poursuivant lève au greffe expédition du procès-verbal de vérification ou d'enquête, pour procéder sur le tout comme nous l'avons dit *Quest.* 853c; car les avis des experts, de même que les dépositions des témoins, éclairent et ne commandent pas l'opinion du juge.

855. *Si le demandeur s'était borné d'abord à l'un des trois genres de preuve indiqués par la loi, pourrait-il ensuite être admis à recourir aux autres ?*

Cette question, que nous posons d'une manière générale, a été résolue pour la négative par arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 10 février 1809 (*J. Av.*, t. 22, p. 422), dans une espèce où le demandeur, après avoir suivi la vérification par la voie de comparaison par titres qu'il avait produits, demandait à faire preuve par témoins que la pièce à vérifier était, en effet, de celui à qui il l'attribuait.

Les motifs de cet arrêt ont été, 1° que, le demandeur en vérification s'étant borné à une seule espèce de preuve, et que son choix étant fait et devenu irrévocable par la clôture du procès-verbal du juge-commissaire, il ne pouvait être admis à une nouvelle vérification par témoins; 2° que, d'après l'article 212, l'on doit observer, dans les vérifications d'écriture par témoins, les règles prescrites pour les enquêtes, et dont une des plus essentielles est que cette enquête soit commencée et ensuite parachevée dans un délai qui se trouvait expiré. (*V.* art. 257 et suiv.)

Avant cet arrêt, et sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (*V.* tit. 12, art. 7), la même Cour avait ainsi prononcé.

Mais la Cour de Pau, par arrêt du 22 floréal an 11 (*V. J. P.*, 3e éd., t. 3, p. 280), et celle de Nîmes, par arrêt du 2 décembre 1806 (*ibid.*, t. 5, p. 563, et *J. Av.*, t. 22, p. 405), avaient résolu la même question d'une manière opposée.

Voici, sur cette controverse, les observations que l'on pourrait faire, d'après les rédacteurs du *Journ. du Palais :*

« Le Code de procédure, après avoir réglé le mode et les formes de la vérification par experts, ajoute, art. 211 : *Pourront être entendus comme témoins, ceux qui*, etc.

« Il admet donc, comme l'ordonnance de 1667, le concours des deux moyens, et la faculté illimitée d'entendre des témoins.

« Néanmoins, on doit remarquer que la preuve par témoins n'est plus aujourd'hui au premier rang, de même que dans l'ordonnance; elle est purement secondaire, et destinée à faire apprécier le mérite du travail des experts et la valeur de leurs opinions; en outre, elle est facultative pour les juges, maîtres de l'ordonner ou de la rejeter, suivant que leur conviction est plus ou moins avancée, plus ou moins parfaite; en un mot, d'après les circonstances livrées entièrement à leur conscience.

« Ainsi, les tribunaux peuvent également admettre ou refuser la preuve vocale, selon leur manière de voir sur les faits. »

Nous croyons que la contrariété de jurisprudence résultant des arrêts que nous venons de citer devrait cesser, si l'on faisait bien attention aux dispositions de l'art. 195.

Cet article dispose qu'en cas de dénégation ou de méconnaissance d'écriture, le tribunal *pourra* ordonner la vérification, tant par titres que par témoins.

Il résulte de là qu'il est laissé à la prudence du tribunal d'ordonner ou non la vérification par témoins, suivant qu'il estime convenable; mais nulle disposition ne l'empêche, s'il n'a pas prescrit ce genre de vérification, d'y recourir, lorsque les apurements donnés par les experts ne lui paraissent pas suffisants pour asseoir sa décision définitive.

Ainsi le demandeur, qui aurait exécuté le jugement par lequel le tribunal se serait borné à ordonner la comparaison d'écritures, ne nous paraîtrait pas non recevable à demander à prouver par témoins, toutes les fois qu'il serait démontré que la preuve par experts ne saurait suffire pour éclairer les juges.

Ce serait, en effet, aller au-delà des termes de la loi, que de poser en principe, comme l'a fait la Cour de Paris, dans son arrêt du 26 prairial an 12 (*J. Av.*, t. 22, p. 404), que les deux preuves par experts ou par témoins ne peuvent concourir que quand elles sont simultanément demandées et ordonnées.

Par ces considérations, nous adoptons les motifs de décision des arrêts des Cours de Pau et de Nîmes (1).

[[On a vu, sous la question 804, que la jurisprudence accorde aux juges la plus grande latitude pour l'admission des trois genres de preuve, ou conjointement, ou les unes après les autres. Indépendamment des arrêts que nous y avons rapportés, on peut consulter encore deux arrêts, l'un de Cassation, 5 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 62), et l'autre de Montpellier, 3 mars 1828, (*S.*, t. 28, 2e part., p. 153). Quant à l'arrêt de la Cour de Paris, du 10 février 1809, M. Carré lui-même fait à la note une observation qui prouve qu'il ne contrarie pas le principe général, puisqu'il est rendu dans une espèce où l'enquête ayant été autorisée par le premier jugement, on avait laissé passer les délais légaux pour la commencer. *V.* la *Quest.* 804 *ter*.]]

[[855 bis. *Le défaut de paraphe entraînerait-il nullité?*

Le motif de la loi, en exigeant le paraphe, est de faire bien constater que les témoins, dans leur déposition, n'ont pu se tromper sur l'identité de la pièce dont il s'agissait. Mais si cette certitude résulte suffisamment d'autres circon-

---

(1) A l'appui de ces propositions, on peut ajouter deux arrêts de Liége, l'un du 15 décembre 1810, l'autre du 29 mars 1811, qui ont décidé que, si une partie, en demandant la vérification par experts, s'est réservé tous moyens de droit, et si l'adversaire, en consentant à la vérification demandée, n'a point conclu à ce que le demandeur fît toutes les preuves autorisées par la loi dans un seul et même délai, il y a lieu à l'admettre à vérifier, par l'un ou l'autre des trois moyens dont il n'a pas encore fait usage.— (*J. Av.*, t. 22, p. 405.)

Mais si le tribunal, comme il est arrivé dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Paris, du 10 février 1809 (*J. Av.*, t. 22, p. 422), avait ordonné que la vérification se fît par les voies de droit, c'est-à-dire par les trois voies que l'art. 195 indique, la preuve par témoins ayant été admise et ordonnée, nous croirions, comme il est dit dans le deuxième considérant de cet arrêt, que la partie ne serait plus recevable à demander la preuve par témoins, si elle avait laissé passer le délai porté aux art. 257 et 258 du Code de procédure. Nous nous fondons sur ce que l'art. 212 veut que l'on applique aux enquêtes faites en matière de vérification, les règles prescrites pour les enquêtes ordinaires. [*V.* la *Q.* 804 *ter*.]

stances, par exemple de leurs dires consignés au procès-verbal, ou de la mention, par le juge, que l'écrit leur a été représenté, nous pensons que l'omission du paraphe ne serait pas un motif de nullité, surtout en l'absence d'une loi qui la prononce. Il peut arriver que la pièce soit trop petite pour que les paraphes des témoins puissent y être apposés, ou que, remplie entièrement d'écriture, elle puisse être altérée par des paraphes. Notre opinion est aussi celle de MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 443; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 378.]]

856. *Peut-on appeler ou reprocher comme témoins, en matière de vérification, les personnes que la loi défend d'appeler, ou qu'elle permet de reprocher dans les enquêtes ordinaires?*

M. Demiau Crouzilhac, p. 167, estime que la loi, par l'art. 211, n'exclut du témoignage, en matière de vérification, aucune des personnes qu'elle défend d'appeler dans les enquêtes ordinaires. Telles étaient aussi, dit-il, les dispositions de l'art. 14, tit. 18 de l'ordonnance criminelle, auxquelles nous ajouterons celles des art. 24 du tit. 1, et 12 du tit. 3 de l'ordonnance de 1737.

Ainsi, d'après cette opinion, le juge-commissaire devrait admettre tous les témoins qui seraient produits; que ce fussent des parents, des amis, des domestiques, peu importerait, puisqu'il n'y aurait absolument aucune exclusion : ce serait au tribunal à juger ensuite du degré de confiance que mériteraient leurs dépositions, et à examiner s'il en résulterait une preuve suffisante pour *l'avération* de la pièce.

Nous conviendrons que cette décision n'est pas dénuée de motifs (1), et néanmoins nous ne croyons pas devoir l'adopter, par suite des observations que nous soummettrons à nos lecteurs dans la note ci-dessous (2).

---

(1) On dirait, par exemple, que le mot *ceux*, dont se sert l'art. 211, indique toutes personnes indistinctement; que ce sont celles qui ont des rapports de parenté, d'alliance, d'amitié, de domesticité avec l'individu auquel la pièce est attribuée, qui doivent être présumées avoir particulièrement connaissance des faits qu'il s'agit de prouver; que ces personnes sont en quelque sorte des témoins nécessaires, et que la loi a voulu qu'on les entendît, ainsi qu'il arrive en matière de divorce ou de séparation, conformément à l'art. 251 du Code civil.

(2) Les articles précités des ordonnances de 1670 et 1737 ne disent rien autre chose que ce que l'art. 211 exprime, c'est-à-dire que cet article ne fait que reproduire leurs expressions. Or, il ne nous paraît pas résulter nécessairement de ces expressions une exception aux règles des enquêtes ordinaires qui défendent d'appeler certaines personnes, ou qui permettent de récuser telles autres.

Si l'article se sert de ce mot *ceux*, ce n'est, suivant la remarque que nous avons faite sur la 804e *Quest.*, d'après Rodier, sur l'art. 9, tit. 12 de l'ordonnance de 1667, qu'afin d'indiquer que l'on n'appellera pour témoins que des personnes qui auront vu écrire ou signer l'acte, ou qui pourraient donner d'autres éclaircissements, comme, par exemple, s'ils avaient entendu celui auquel la pièce est attribuée avouer qu'il l'eût écrite ou signée.

D'un autre côté, nous avons vainement cherché dans les livres des commentateurs des ordonnances de 1670, de 1737, et du nouveau Code, quelque chose qui pût appuyer l'opinion que nous combattons.

Mais, sans reproduire les raisons d'ordre public, de morale et de convenance qui s'opposent, selon nous, à ce qu'on s'écarte, en matière de vérification, des règles ordinaires prescrites pour les enquêtes, nous nous arrêterons à cette considération qui nous paraît décisive : c'est que l'art. 212 veut que l'on observe, en procédant à une vérification par témoins, les règles prescrites pour les enquêtes ordinaires.

C'est ainsi qu'il a été décidé par arrêt de la Cour de cassation, du 8 mars 1816 (*V. S.*, 16, 1, 376, et *J. Av.*, t. 11, p. 164), que l'art. 257, qui veut que l'enquête soit commencée dans la huitaine de la signification du jugement qui l'ordonne, s'applique

Si le législateur avait eu l'intention de faire quelque exception, ne s'en fût-il pas exprimé comme il l'a fait en l'art. 251 du Code civil, et surtout en l'art. 413 du Code de procédure?..

[[Nous pensons que l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac est une erreur. L'art. 211 n'offre aucune raison de décider : car il est évident que, dans cet article, la loi n'a pas en vue la qualité des témoins, mais la nature des faits à prouver. Si donc il n'y a pas dérogation expresse aux principes généraux en matière d'enquête, et qu'au contraire l'art. 212 prescrive de les observer, comment pourrait-on soutenir le système que nous combattons? Notre avis est aussi celui de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 379.]]

ART. 213. S'il est prouvé que la pièce est écrite ou signée par celui qui l'a déniée, il sera condamné à 150 fr. d'amende envers le domaine, outre les dépens, dommages et intérêts de la partie, et pourra être condamné par corps même pour le principal.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 265 et 266, n°s 65 à 69.] — Edit. de 1684, art. 11.—C. C., art. 2060, — Cod. de P., art. 126, 214, 246, 552, 780, 1029. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v°s *Amende*, n° 4; *Matières sommaires*, n° 93 *ter*; *Vérification*, n°s 106, 107, 110, 113 à 115. — Devilleneuve, v° *Vérification*, n° 31. — Arm. Dalloz, v° *Vérification*, n°s 117 à 125. — Carré, *Compétence*, édit. in-8°, t. 2, p. 233, IIe part., liv. 1er, tit. II. *Q.* 123.—Locré, t. 21 p. 285, n° 9.—QUESTIONS TRAITÉES: Qu'est-ce que l'on entend par *principal* dans l'art. 213? *Q.* 857. — Si la pièce est reconnue fausse, celui qui l'a produite peut-il être condamné à des dommages? *Q.* 857 *bis*. — Les juges peuvent-ils se dispenser de prononcer l'amende de 150 fr. contre celui qui n'a dénié sa signature que dans la vue de se procurer un délai, et qui l'a reconnue ensuite avant qu'aucune vérification ait eu lieu? *Q.* 857 *ter*.— Lorsque, dans une affaire sommaire, il y a lieu de procéder à une vérification d'écriture, quels sont les émoluments qui doivent être alloués? *Q.* 857 *quater* (1).]

CLXXI. La loi, qui laisse à l'ayant cause la faculté de n'avouer ni dénier la signature de son auteur, le suppose toujours de bonne foi, lors même qu'il

---

à l'audition des témoins ordonnée pour la vérification d'une écriture déniée.

Or, aucune de ces règles n'est exceptée : l'art. 212 suppose donc, par la généralité de ses expressions, que les dispositions qui défendent d'appeler, ou qui permettent de récuser telles personnes qu'elles désignent (*V.* art. 268 et 283), doivent être appliquées en matière de vérification.

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Ces peines sont évidemment applicables à celui qui a dénié son écriture et sa signature, relativement à une lettre de change, et elles peuvent être prononcées par le tribunal civil qui a statué sur l'incident conformément à l'art. 427 du Code de commerce. (Paris, 21 nov. 1812, *S.* 14, 2, 336, et *J. Av.*, t. 22, p. 436); sauf les dommages-intérêts qui ne peuvent être prononcés que par le juge saisi du principal. — *V.* M THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 380.

2° Le jugement qui, par suite d'une vérification d'écriture, déclare que la pièce contestée a été écrite par l'auteur de l'héritier qui la déniait, peut être considéré comme un jugement définitif. (*Cass.*, 21 mess. an 9, *S.*, t. 1, 1re part., p. 512, et *J. Av.*, t. 22, p. 399.)

3° Le juge qui, dans une instance en vérification d'écriture, trouve que l'écriture déniée est réellement fausse, ne doit pas nécessairement ordonner le renvoi de l'affaire devant le juge criminel, et surseoir au jugement au civil, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé par ce juge sur le faux, surtout lorsqu'il ne résulte pas des pièces du procès que ce faux serait criminel, ni quel en serait l'auteur, et que rien n'est allégué de ce chef par la partie qui dénie l'écriture. (Brux., 28 déc. 1826, *J. de Brux.* 1827, t. 1, p. 88.)

4° L'amende dont parle l'art. 213 Cod proc. civ. étant le résultat de la dénégation de l'écriture des pièces dont le demandeur a été reconnu l'auteur, et cet article ne faisant point de distinction dans la nature des pièces, cette amende doit être prononcée contre celui qui a dénié l'écriture d'une lettre anonyme, lorsqu'on la lui a opposée pour le faire condamner à des dommages-intérêts, et que, sur vérification, il en a été déclaré l'auteur. (*Cass.*, 16 mai 1827, *J. Av.*, t. 33, p. 290.)]

succombe sur la demande en vérification (1), et, par ce motif, elle ne prononce l'amende portée en l'art. 213 que contre celui qui a dénié sa propre écriture.

857. *Qu'est-ce qu'on entend par* PRINCIPAL *dans l'art.* 213?

Les auteurs des *Annales du Notariat*, dans le *Commentaire*, t. 1, p. 430, disent qu'il s'agit de la condamnation de la *somme principale contenue en l'écrit dénié :* d'où semblerait suivre, soit qu'on ne pourrait prononcer la contrainte pour le surplus des condamnations formant le montant de l'action principale à laquelle la demande en vérification serait incidente, soit que, s'il n'y avait pas lieu à prononcer condamnation au paiement d'une somme portée dans la pièce, ce qui peut très souvent arriver, on ne pourrait encore prononcer la contrainte pour le principal du procès.

Nous croyons, au contraire, que le mot *principal* est employé par opposition à la condamnation qui intervient sur la demande en vérification, qui est un incident du procès, et la raison en est que celui qui a dénié sa propre signature autorise, s'il y a mis de la mauvaise foi, à présumer qu'il en pourra mettre dans l'exécution du jugement : d'où résulte que le mode de cette exécution doit être plus rigoureux.

Au reste, nous remarquerons, avec les mêmes auteurs, que la contrainte n'est pas de droit ; qu'il est, au contraire, laissé à la prudence du tribunal de ne la prononcer qu'autant qu'il verrait une mauvaise foi évidente.

[[Cette interprétation du mot *principal* nous paraît juste. Cependant M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 922, la combat, sur le motif qu'étendre la disposition de notre article même aux dépens du procès, ce serait créer une exception à la règle qui veut que la contrainte par corps ne soit pas prononcée pour les dépens en matière civile. Or, cette exception n'est pas, dit-il, nécessairement renfermée dans les termes de la loi. Il nous semble à nous que l'exception est manifeste, et qu'en se servant de ces mots : MÊME *pour le principal*, l'article indique un *à fortiori* pour tout ce qui ne serait pas principal. Ainsi, soit que l'on voie dans ce mot la désignation du capital de la dette, soit qu'on y voie tout à la fois toutes les condamnations qui pourraient faire l'objet de la demande principale, le jugement pourra toujours être exécuté par corps dans toutes ses parties. C'est, au reste, l'avis de MM. DALLOZ, t. 12, p. 952 ; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 380 ; et BONCENNE, t. 3, p. 534.]]

[[**857** bis. *Si la pièce est reconnue fausse, celui qui l'a produite peut-il être condamné à des dommages ?*

Oui certainement, en vertu des principes généraux, mais non à l'amende, puisque la loi ne la prononce pas contre lui. Tel est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 381.]] **Supp. alph.**, V° *Vérification d'écriture*, n. 191.

[[**857** ter. *Les juges peuvent-ils se dispenser de prononcer l'amende de* 150 *fr. contre celui qui n'a dénié sa signature que dans la vue de se procurer un délai, et qui l'a reconnue ensuite avant qu'aucune vérification ait été faite ?*

La Cour de Toulouse avait décidé l'affirmative : mais son arrêt a été cassé

---

(1) Mais on pourrait croire que dans le cas où il serait démontré que, par mauvaise foi et par esprit de chicane, le défendeur aurait constitué le demandeur dans la nécessité d'entreprendre une vérification, il y aurait lieu à lui appliquer la disposition concernant la condamnation aux dommages-intérêts.

Nous pensons néanmoins que l'on doit s'en tenir strictement au cas prévu par l'art. 213, attendu que les peines même pécuniaires ne s'infligent point par analogie. (*V. Prat. franç.*, t. 2, p. 93.)

le 5 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 2, p. 622). Quoiqu'un arrêt de la Cour d'Amiens, du 16 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 10, p. 442), ait jugé comme celui de Toulouse, nous préférons la doctrine de la Cour de cassation, qu'adoptent aussi MM. Berriat-Saint-Prix, p. 272, n° 32, Thomine Desmazures, t. 1, p. 380, et Boncenne, t. 3, p. 534.

En effet, comme dit ce dernier auteur, *loco citato* : « L'amende est encourue au moment même où se fait la dénégation ; il suffit, pour qu'elle doive être prononcée, qu'il soit ultérieurement prouvé que la signature est l'œuvre de celui qui l'a déniée. Il importe peu que la preuve ait été faite par une vérification d'experts, par la déposition des témoins, ou par l'aveu de la partie. »

L'art. 247 du Code de procédure ne déclare-t-il pas l'amende encourue par l'auteur d'une inscription de faux, aussitôt que sa demande a été admise, quoique plus tard il s'en soit volontairement désisté ?]]

[[**857** quater. *Lorsque, dans une affaire sommaire, il y a lieu de procéder à une vérification d'écriture, quels sont les émoluments qui doivent être alloués ?*

Nous pensons, comme le tribunal de première instance de la Seine, dans la délibération que nous avons recueillie au *J. Av.*, t. 42, p. 231, que la procédure en vérification ne peut être taxée qu'à l'ordinaire. En principe, une cause d'abord sommaire peut devenir ordinaire, et c'est précisément ce qui arrive lorsqu'une demande pure personnelle ayant été fondée sur un titre, ce titre vient à être dénié. Car, pour que l'action fût sommaire, il faudrait que le titre ne fût pas contesté. Quelle contestation plus formelle que la dénégation de l'écriture ? (*V.* notre *Comm. du tarif*, t. 1, p. 431 et 548.) Mais les dépens de la demande en reconnaissance doivent être réservés jusqu'au jugement du principal. Alors ils sont supportés, soit par le créancier, si le débiteur a payé, soit par le débiteur, s'il a contesté la dette, ou si, sans la contester, il laisse commencer les poursuites. *V.* encore notre *Comm. du tarif*, t. 1, p. 253.]]

TITRE XI.

Du faux incident civil (1).

Nous avons dit, p. 299, que la partie à laquelle on oppose un acte sous signature privée, peut se borner à ne pas reconnaître ou à dénier ; mais, si elle a intérêt à faire juger que la pièce est fausse ou falsifiée, la loi lui ouvre deux voies pour y parvenir : celle de l'instruction *en vérification*, ou celle de l'instruction *en faux incident*.

Nous avons dit encore que le dernier de ces deux modes de procéder doit nécessairement et exclusivement être employé, si la pièce arguée est un acte authentique.

Le titre du Code que nous avons à expliquer ici prescrit les règles et les formalités que l'on doit suivre en matière de faux incident civil. Cette procédure est une des plus laborieuses et des plus compliquées ; elle présente surtout des difficultés pour celui qui n'est pas imbu des principes de législation criminelle, auxquels elle se rattache essentiellement. Il est donc indispensable, pour en faciliter l'étude, de poser ici quelques notions générales sur

(1) *V.* Ordonn. de 1737, tit. 2 ; C. d'inst. crim., liv. 2, tit. 4, chap 1 ; Cod. pénal, liv. 3, chap. 3.

le caractère du faux, la manière dont il se commet, les actions qu'il produit, leurs rapports entre elles, leurs différences, leurs résultats, et enfin l'acception de certaines expressions propres à la matière, et que la loi n'a pas définies.

Dans son acception générale, le mot *faux* exprime tout ce qui est opposé à la vérité.

La vérité est une, mais le *faux* se commet de plusieurs manières :

Par des paroles, en faisant de faux serments, de faux témoignages, de fausses déclarations, etc.

Par des faits, en usant de faux poids et de fausses mesures, en fabriquant de fausses clefs, de fausses monnaies, etc.

Par des écrits, en contrefaisant l'écriture ou la signature d'autrui ; en composant de faux contrats, de fausses promesses, de faux testaments ; en altérant des pièces véritables par des ratures, additions ou surcharges ; en supposant dans un acte, d'ailleurs sincère, des consentements qui n'y ont pas été donnés, des qualités qui n'ont pas été prises, des formalités qui n'ont pas été remplies, ou d'autres circonstances qui n'ont pas eu lieu, etc. (*V. Code pénal*, art. 132, 165.)

C'est uniquement à cette dernière espèce de faux que s'appliquent les dispositions du Code de procédure civile.

Sous ce rapport, le faux se divise en *faux matériel* et *faux intellectuel*.

Le *faux matériel* consiste, soit dans la fabrication d'un acte par contrefaction d'écriture : c'est le faux que plusieurs de nos anciens auteurs appelaient *formel;* soit par l'altération d'un acte véritable, au moyen d'addition ou d'intercallation d'écritures, de changements ou de suppressions de lettres, de syllabes ou de mots, par des ratures, des surcharges, des grattages, des lacérations, etc.

C'est à ce faux seulement que l'on donnait autrefois la dénomination de *faux matériel*. (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 273, not. 4.)

On voit, comme l'observe aussi notre savant compatriote et ami, M. Legraverend (*Traité de la législation criminelle en France*, t. 1, p. 523), que cette espèce de faux résulte d'une falsification ou altération, en tout ou en partie, commise sur la pièce arguée, et susceptible d'être démontrée, constatée et reconnue physiquement par une opération ou par un procédé quelconque. C'est de là que vient sa qualification de *faux matériel*.

Le *faux intellectuel* est celui qui, sans qu'il y ait contrefaction ou altération de l'écriture ou de la pièce, dénature la substance de l'acte, en ce que l'écrit se trouve contenir le contraire de ce qu'il devrait présenter : par exemple, lorsqu'un officier public aurait inséré des conventions autres que celles qui lui auraient été déclarées ou dictées ; constaté comme vrais des faits faux, comme avoués des faits qui ne l'étaient pas ; lorsqu'on aurait fait signer à une partie un acte écrit d'une main étrangère, et dont le contenu ne serait pas ce qu'elle entendait signer. (*V.* Code pénal, art. 146 ; et le *Manuel d'instruction criminelle de Bourguignon*, édit. in-4°, p. 373 ; LEGRAVEREND, *ubi suprà*.)

Cette espèce de faux résultant seulement de l'altération dans la substance d'un acte non falsifié *matériellement*, c'est-à-dire dans les dispositions constitutives de cet acte, ne peut être reconnu à aucun signe palpable, physique et matériel ; et c'est pourquoi il est nommé *faux intellectuel*, par quelques auteurs *faux moral*, et dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation, *faux substantiel*.

Quel que soit le caractère du faux en écriture, il est *crime*, s'il a été commis dans l'intention de nuire à autrui, et, comme tel, la loi le punit d'une manière

plus ou moins sévère, suivant les degrés de gravité qu'elle y attache (1).

Lorsque le faux se poursuit en justice criminelle, soit par action publique, soit en même temps par action civile, il prend la dénomination de *faux principal*, parce qu'il est la cause primordiale, le motif unique de l'action, parce que les poursuites qu'il entraîne ne se rattachent à aucune action antérieure à laquelle elles soient incidentes. C'est en ce sens que ces termes sont employés, par exemple, dans l'art. 214 du Code de procédure civile, lorsqu'il défend l'inscription de faux contre une pièce qui aurait été déjà vérifiée aux fins de *faux principal*, et, dans l'art. 250, lorsqu'il dispose que le demandeur sur l'incident peut toujours se pourvoir en *faux principal*, c'est-à-dire *au criminel*, par action *principale* et *directe*.

Le faux prend au contraire la qualification d'*incident*, toutes les fois que, sous le cours d'un procès engagé pour une cause quelconque, soit au civil, soit au criminel, on prétend qu'une pièce produite est fausse ou falsifiée. — (*V.* Cod. d'inst. crim., art. 460; Cod. de proc., art. 214.)

Dans cette circonstance, en effet, le faux n'est qu'un *incident* du procès engagé, lequel forme *le principal* de l'instance, qui se compose de cette contestation *principale* et de la contestation *incidente* qui s'élève sur le faux (2).

Le *faux incident*, comme presque tous les auteurs semblent le dire, n'est donc point ainsi qualifié par opposition au *faux principal*, qui se poursuit par action directe, et seulement en justice criminelle, mais bien plutôt par opposition au procès principal auquel il se rattache: d'où suit que ces mots *faux principal* ne servent qu'à distinguer la procédure qui se fait au criminel sur l'action directe, de celle qui a lieu sur un faux argué incidemment à un procès.

Cette dernière procédure ne peut avoir lieu, soit au civil, soit au criminel, lorsqu'une pièce produite est arguée de faux, qu'en deux circonstances :

1° Quand il ne s'élève aucun soupçon de culpabilité du crime contre une personne connue et vivante, ou, dans le cas contraire, lorsque l'action en répression est éteinte par prescription, ou par jugement d'absolution ou d'acquittement devenu inattaquable; autrement, il y aurait lieu à poursuivre en faux principal. — (*V.* Cod. d'inst. crim., art. 2, 460; Cod. de proc., art. 239, et *infrà* sur l'art. 214.)

2° Lorsqu'il s'agit de poursuivre, contre les héritiers de l'auteur ou du complice du faux, l'action en réparation du dommage que le crime a causé; car si l'action en répression est éteinte par le décès du prévenu, conformément à

---

(1) Sous ce rapport, les dispositions législatives qui le concernent se trouvent, quant à la poursuite et à la procédure, dans le Code d'instruct. crim., liv. 2, tit. 4, art. 448, 464, et, quant à la répression ou à la peine, dans le Code pénal, tit. 1, chap. 3, sect. 1, 5, art. 132, 165. Il donne lieu à deux actions : l'une que l'on appelle *action publique*, et qui s'exerce, pour l'application des peines, par les seuls fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ; l'autre que l'on appelle *action civile* ou *privée*, et qui peut être exercée, en réparation du dommage résultant du crime, par tous ceux qui en ont souffert (C. d'inst. crim., art. 1.)

L'une se poursuit nécessairement en justice criminelle ; l'autre peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que la première ; mais elle peut aussi l'être séparément, et, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique qui aurait été intentée avant, ou qui l'est nécessairement pendant la poursuite de l'action civile. (C. d'inst. crim., art. 3.)

(2) Telle est, par exemple, l'acception dans laquelle l'art. 231 du Code de procéd. prend le mot *principal*, en autorisant la jonction des moyens de faux au *procès principal*; c'est-à-dire à la contestation, quelle qu'elle soit, sous le cours de laquelle l'incident de faux est survenu.

l'art 3 du Code d'instruction, ce même article réserve contre ses représentants celle en réparation civile.

En ce dernier cas, l'action est véritablement une action principale; mais elle est essentiellement différente du faux principal que nous avons défini, puisqu'elle ne peut être poursuivie qu'en justice civile. Néanmoins on suit, en ce cas, la procédure prescrite par le titre du faux incident civil.— (*V. infrà* sur l'art. 214.)

Ces préliminaires posés, nous avons à indiquer ce qui distingue, quant à son objet et à ses effets, la procédure en *faux principal* et la procédure en *faux incident*, et en quoi celle-ci, lorsqu'elle est faite en justice civile, diffère de la vérification des écritures, avec laquelle elle a tant d'analogie sous plusieurs rapports.

Il résulte de ce que nous avons dit sur le faux principal que les poursuites auxquelles il donne lieu tendent à la punition du coupable; en sorte que ce serait vainement que l'accusé déclarerait qu'il ne veut pas se servir de la pièce; sa déclaration n'empêcherait pas que l'instruction ne continuât contre lui.

En matière de faux incident, au contraire, la partie qui argue la pièce de faux n'a pour objet que de faire rejeter la pièce, et conséquemment, dans cette espèce de procédure, on ne fait le procès qu'à l'acte: ce n'est donc jamais qu'un *procès civil*, l'incident s'élevât-il dans le cours d'une instance criminelle: et, dans tous les cas, par conséquent, cet incident tombe de lui-même, lorsque la partie qui a produit la pièce déclare qu'elle ne veut pas s'en servir. — (Cod. d'instr. crim., art. 458 et 459; Cod. de proc., art. 215 et 216.)

Il est vrai qu'une pareille déclaration n'empêcherait pas le ministère public d'agir par voie de faux principal, s'il y avait lieu; mais ses poursuites en répression du crime n'empêcheraient pas le faux incident de rester sans effet, puisqu'il deviendrait sans objet, la pièce devant être rejetée du procès sur cette simple déclaration. — (Cod. d'instr. crim., art. 459; Cod. de proc., art. 217.)

Telles sont les différences à remarquer entre la procédure en faux principal et la procédure en faux incident criminel ou civil.

Cette dernière, dont il nous reste à nous occuper exclusivement, a de commun avec la vérification d'écriture la plupart des dispositions relatives au mode de constater la vérité ou la fausseté de l'acte argué; mais elle en diffère:

1° En ce que la vérification, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, p. 300, s'instruit à la requête de la partie même qui fait usage de la pièce, et non à la requête de celle qui déclare ne pas la reconnaître ou la dénier. La procédure en inscription de faux se poursuit, au contraire, par la partie contre laquelle on veut faire usage de la pièce.

2° En ce que la vérification d'écriture n'a lieu qu'en matière d'actes privés, jamais contre un acte authentique, et que l'inscription de faux, comme nous l'avons dit p. 299, est admise contre toute pièce indistinctement.

3° En ce qu'on peut encore prendre la voie du faux incident, après avoir épuisé celle de la vérification; ce qui n'est pas permis dans le cas inverse, la procédure en faux étant la plus complète et la plus rigoureuse (art. 214).

4° En ce que la vérification n'exige qu'une procédure ordinaire, tandis que l'inscription de faux, étant en quelque sorte une dénonciation de crime, qui peut élever, sur la partie qui oppose la pièce, un soupçon grave de culpabilité, exigeait, dans l'intérêt de cette partie, comme dans l'intérêt public, des formalités plus multipliées, des délais plus rigoureux, enfin, des règles extraordinaires et spéciales, et surtout une surveillance active de la part du

ministère public. C'est par ce motif que la loi (art. 251) exige son concours à tous les jugements, soit d'instruction, soit définitifs, et qu'elle se refuse même (art. 249) à l'exécution de transactions qui n'auraient pas été homologuées contradictoirement avec lui. L'intérêt de la société, a dit l'orateur du Tribunat, ne permettrait pas qu'un coupable, près d'être dévoilé, pût échapper, par quelques sacrifices pécuniaires, à la honte et à la peine qu'il a encourues.

Du reste, les résultats de la vérification et de l'inscription, sauf une seule exception que nous ferons bientôt connaître, sont les mêmes quant à l'intérêt privé : c'est toujours l'admission ou le rejet de la pièce.

Il semblerait donc assez indifférent à la partie à laquelle on oppose un acte non authentique, d'user de la faculté de prendre l'une ou l'autre voie ; mais elle préfère ordinairement la vérification, et cette conduite est la plus sage, puisque cette voie, comme nous venons de le dire, est moins rigoureuse, plus simple et plus expéditive ; que la partie qui se borne à dénier ou simplement à ne pas reconnaître un écrit, n'est tenue à fournir aucune preuve, et qu'enfin la voie de l'inscription peut encore être pratiquée, après qu'un jugement, rendu sur la simple demande en vérification, a déclaré la pièce véritable.

Ainsi, le seul intérêt qu'une partie puisse avoir à préférer la voie de l'inscription, ne peut guère résulter que de cette considération, que l'intervention du ministère public, et l'obligation où il est de requérir le renvoi au criminel, en cas d'indices de culpabilité, la rend plus efficace, soit pour déterminer la partie à renoncer à tirer avantage de la pièce, soit, si elle ne le fait pas, pour découvrir sûrement la fausseté de l'acte. (*V.* Pigeau, t. 1, p. 320.)

Passons à l'analyse de la procédure que l'on doit suivre en cette matière : elle se rapporte à cinq objets principaux, savoir : *la déclaration d'inscription; la remise des pièces et leur communication; les débats des moyens de faux et l'admission ou rejet de ces moyens; les preuves de ces moyens; les plaidoiries définitives, le jugement et ses effets.*

1° *La déclaration d'inscription* est l'acte que nous avons déjà défini, par lequel la partie à qui la pièce est opposée déclare au greffe qu'elle s'inscrit en faux contre elle.

2° *La remise de la pièce;* c'est le dépôt qui en est fait au greffe, afin qu'il soit dressé procès-verbal de son état.

3° *Les débats des moyens de faux* ont pour objet de discuter si ces moyens sont de nature à faire présumer que la fausseté de la pièce résulterait de la preuve qui en serait faite, auquel cas les moyens sont admis, et la preuve est ordonnée tant par titres que par témoins et par experts (231, 232).

4° *Les preuves de faux :* Le Code les limite aux seuls faits admis (233).

5° *Les plaidoiries définitives, le jugement et ses effets;* l'instruction étant achevée, on poursuit l'audience; les parties plaident sur le mérite de la preuve, et le tribunal prononce (238).

Au reste, toutes les dispositions du Code concernant la procédure en faux incident ont été en grande partie puisées dans l'ordonnance de 1737, fruit des veilles et des lumières de l'illustre d'Aguesseau, qui, pour suppléer au silence de l'ordonnance de 1667, réunit, en les perfectionnant, les principes épars de la législation et de la jurisprudence sur cette importante matière. (*V. Disc. du tribun Perrin.*)

§ Ier. — *De la procédure depuis la production de la pièce jusqu'à l'admission de l'inscription de faux.* (Art. 214, 218.)

ART. 214. Celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou *produite* (1) dans le cours de la procédure, est *fausse* ou *falsifiée* (2), peut, *s'il y échet*, être reçu à s'inscrire en faux, encore que ladite pièce ait été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celle d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'en conséquence, il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable.

Ordonn. de 1737, tit. II, art. 1 et 2. — C. C., art. 323 — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 267, n° 1. — Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Faux incident*, n°s 1 à 6, 8, 9, 12, 13, 16 à 21, 25 à 31 33, 34, 37 à 47, 50, 51, 57, 59, 66, 79, 125 à 127, 162 à 165, 167, 169; v° *Exceptions*, n° 264. — Devilleneuve, v° *Faux incident*, n°s 1 à 19, 23 à 26, 31 à 45. — Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n°s 1 à 106, 289 à 299 — Locré, t. 21, p. 454, 603, 605 et 606. — QUESTIONS TRAITÉES : Peut-on prendre la voie d'inscription de faux contre une pièce qui aurait été communiquée, mais qui n'aurait été ni signifiée, ni produite? *Q.* 858. — Doit-on regarder comme authentique la signature d'une partie apposée au bas d'un acte d'avoué ou d'huissier, et que les officiers ministériels attestent être celle de la partie? *Q.* 858 *bis*. — Peut-on s'inscrire en faux contre toute pièce soit privée, soit authentique? — Quelle est l'influence d'une décision rendue au criminel sur l'instance portée devant les tribunaux civils, notamment en matière de faux? *Q.* 859 et 943. — Quoique l'action en faux principal soit prescrite, peut-on cependant recourir à la voie du faux incident? *Q.* 859 *bis*. — Dans le cas où celui auquel le faux est imputé, soit comme auteur, soit comme complice, est connu et vivant, le tribunal ne peut-il prononcer le renvoi au criminel qu'après l'audition des plaidoiries sur les moyens de faux? *Q.* 860. — Un débiteur solidaire pourrait-il attaquer, par inscription de faux, un acte sous seing privé reconnu vrai à l'égard de son codébiteur, qui aurait antérieurement succombé dans une pareille attaque? *Q.* 861. — Un acte privé ne pouvant, hors le cas de la précédente question, être une seconde fois inscrit en faux, quelle voie pourrait employer, contre le jugement rendu sur la première inscription, un tiers qui, n'ayant pas été partie à ce jugement, avait des raisons pour maintenir la fausseté de l'acte? *Q.* 862. — Peut-on s'inscrire en faux après le jugement de la contestation à laquelle se rapporterait l'acte argué en tout état de cause, et quoiqu'on ait transigé sur le contenu de l'acte? *Q.* 863. — L'inscription de faux peut-elle avoir lieu devant la Cour de cassation? Contre quels actes? A quel moment de la procédure? La Cour peut-elle la juger? *Quid* devant le Conseil d'état? *Q.* 863 *bis*. — Si la voie de l'inscription de faux n'est ouverte qu'autant qu'il existe une contestation semblable, quelle serait, dans le cas où il n'en existerait pas, la voie que pourrait employer une partie, afin de faire déclarer que la pièce est fausse ou falsifiée? *Q.* 864. — Peut-on admettre à s'inscrire en faux, par conséquent à faire tous les actes préliminaires à l'inscription, une partie qui produit elle-même le titre qu'elle entend arguer? *Q.* 865. — Peut-on s'inscrire en faux contre les chiffres insérés dans un acte? *Q.* 866. — Est-il nécessaire de s'inscrire en faux contre un acte qui ne serait pas argué de fausseté matérielle, mais seulement de fausseté morale ou de dissimulation? *Q.* 867. — L'inscription de faux incident est-elle nécessaire pour détruire dans un acte authentique, une énonciation que l'on dit et qui paraît être fausse, par suite d'une erreur involontaire du rédacteur? *Q.* 867 *bis*. — Doit-on nécessairement s'inscrire en faux dans le cas où il ne s'agit que d'altération d'un acte véritable? *Q.* 868. (3)]

---

(1) *Produite*, c'est-à-dire *servie* au procès, en ce que la partie, quoique la pièce n'eût été ni *signifiée* ni *communiquée*, s'en est fait un moyen en l'exhibant, en en donnant lecture, en la plaçant au sac ou dossier de son procès : la simple mention ou citation d'un acte dans les défenses ne serait pas suffisante pour autoriser la partie adverse à s'inscrire en faux.

(2) Une pièce est fausse, lorsque la fausseté est inhérente à son principe, c'est-à-dire lorsque cette pièce est fabriquée fausse; au lieu qu'elle est simplement falsifiée, lorsqu'étant vraie dans son origine, elle a reçu, dans la suite, quelques altérations. C'est en ces deux cas qu'il y a lieu à l'inscription de faux, suivant l'art. 214. (*V. Serpillon* et le *nouv. Répert.*, au mot *Inscription de faux*, t. 6, p. 127.)

(3) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'un individu, s'appliquant un acte de naissance contraire à sa possession d'état, prétend faire constater son identité, s'il lui est opposé un acte de décès de l'enfant dénommé en l'acte de naissance, dès lors l'acte de naissance est détruit par l'acte de décès; en sorte que le demandeur ne

CLXXII. Le but de toute inscription de faux est de faire rejeter d'un procès une pièce qui ne devrait qu'à un crime son existence ou sa force. il en résulte

---

peut plus se prévaloir d'un commencement de preuve par écrit, pour obtenir de compléter ses preuves par une enquête. Peu importe que, pour y arriver, il prenne la voie d'inscription de faux contre l'acte de décès; toujours est-il que son objet est de se créer un état civil, et qu'à cette fin, toute voie criminelle ou preuve testimoniale doit lui être interdite jusqu'à ce que l'état civil soit établi en forme civile. (*Cassat.*, 5 avril 1820, *S.*, t. 20, 1re part., p. 320, et *J. Av.*, t. 14, p. 333.)

2° La qualité accidentelle des témoins instrumentaires d'un acte notarié est un fait hors des stipulations ou dispositions attestées par les notaires; et, par conséquent, la preuve du défaut de qualité peut être admise, sans qu'il soit besoin de s'inscrire en faux contre l'acte. (Bruxelles, 13 avril 1811, *S.*, t. 12, 2e part., p. 18.)

3° Lorsqu'un testament offre la mention qu'il a été écrit par le notaire qui l'a reçu, on ne peut prouver le contraire que par la voie de l'inscription de faux; la voie de la vérification ne serait pas suffisante, quand même les parties y auraient consenti. (Limoges, 13 déc. 1813; *S.*, t. 15, 2e part., p. 275, et *J. Av.*, t. 14, p. 383.)

4° La preuve testimoniale est admissible sur le fait de savoir si un testateur a réellement pu signer son testament, encore que le donataire ait énoncé qu'il ne savait ou ne pouvait signer: dans ce cas, il n'est pas besoin de recourir à l'inscription de faux. (Trèves, 18 nov. 1812; *S.*, t. 13, 2e part., p. 366.)

5° Ce n'est que par la voie d'inscription de faux que l'on peut, à raison de la fausseté de la signature, faire déclarer nul un testament olographe, si on l'a exécuté. Cette exécution constitue une reconnaissance tacite de la signature, qui interdit la simple vérification pour défaut de reconnaissance. (Paris, 8 mai 1815; *S.*, 1816, 2e part., p. 7, et *J. Av.*, t. 14, p. 387.)

6° On ne peut attaquer par inscription de faux un rapport d'experts, sur le simple motif que ce rapport constate la présence des experts, les jours même où, au lieu de se réunir pour l'objet de leur expertise, ils avaient vaqué à d'autres opérations. (Paris, 14 mai 1810; *S.*, t. 14, 2e part., p. 305, et *J. Av.*, t. 14, p. 350.)

7° Si, dans l'expédition d'un jugement, un juge se trouve mal à propos porté au nombre de ceux qui y ont pris part, la preuve qu'il n'y a pas concouru peut se faire par la simple représentation du plumitif ou de la feuille d'audience où son nom ne serait pas porté. (*Cassat.*, 13 juil. 1808; *S.*, t. 9, 1re part., p. 122, et *J. Av.*, t. 14, p. 347.) Ce n'est là qu'une simple erreur.

8° L'inscription de faux est admissible contre un serment déféré d'office. (Turin, 7 avril 1812; *J. Av.* t. 14, p. 371. *V.* M. TOULLIER, t. 10, p. 575.)

9° Un procès-verbal de capture étant un acte authentique, il s'ensuit que l'inscription de faux est nécessaire pour faire tomber les énonciations qui y sont contenues. (Rennes, 1er juin 1818, *J. Av.* t. 14, p. 350.)

10° Il faut nécessairement recourir à l'inscription de faux pour être admis à prouver qu'à l'époque de son testament, un testateur était, pour cause de maladie, dans l'impossibilité d'exprimer ses volontés, si le testament porte qu'il en a dicté les dispositions et qu'après la lecture qui lui en a été faite, il a déclaré les avoir bien comprises et en avoir requis acte. (Grenoble, 3 août 1829; Dalloz, 1830.—2e part., p. 251.)

11° Un mariage qui résulte d'actes civils ne peut disparaître que par la voie de l'inscription de faux, à moins qu'il ne fût établi d'une manière invincible et par des faits incontestables que le mariage n'a existé ni pu exister. (Riom, 2 fév. 1829. Mém. de M. TAJAN, t. 14, p. 295.)

12° Quoiqu'un appel motivé sur la découverte d'un faux ait été interjeté sous l'empire de l'ancienne législation, c'est le Cod. de proc. civ. qui doit régir l'inscription de faux formée depuis sa publication. (Angers, 24 janv. 1809. *J. Av.*, t. 3, p. 217.)

13° L'inscription de faux prise incidemment à une instance civile, devait être suivie civilement sous le Code du 4 brum. an IV, en conséquence, c'était par une simple enquête et non par une information, qu'il fallait procéder. (*Cass.*, 16 brum. an XIII; *J. Av.*, t. 18, p. 802.)

14° L'instruction de la procédure de faux en matière criminelle doit être publique. (*Cass.*, 13 août 1807; *J. Av.*, t. 14, p. 336.)

15° Lorsqu'un individu prévenu d'un délit forestier s'est inscrit en faux contre le procès-verbal, le refus d'autorisation du conseil d'État, à l'effet de poursuivre le garde qui a verbalisé, n'anéantit pas la demande en inscription de faux. Le tribunal doit donc, au lieu de surseoir, procéder incidemment sur la demande en inscription, conformément aux articles 459 et 460 du Code d'instruct.

premièrement, que l'inscription peut être admise en tout état de cause, même sous l'appel, car la loi ne saurait permettre qu'une semblable exception pût se couvrir par la procédure volontaire; deuxièmement, qu'elle ne peut avoir lieu qu'autant que la pièce fait partie de celles du procès, puisqu'autrement l'inscription ne tendrait à rien; troisièmement, qu'il en serait ainsi par la même raison du cas où la pièce, en la supposant *vraie*, n'aurait pas plus d'influence sur la contestation principale, que si elle était jugée fausse (1). En tout cas, la loi admet l'inscription de faux, même dans le cas où la pièce eût été déjà soumise à une simple vérification, ce qui ne peut s'entendre que des actes sous seing privé. (*V.* p. 299 et 300, et la *Quest.* 859.) Mais elle la refuse, lorsque cette pièce eût déjà fait la matière d'une poursuite en faux principal ou incident, sur laquelle il serait intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce, comme véritable. En cette dernière circonstance, le législateur fait l'application de la maxime *res judicata pro veritate habetur*, parce qu'il n'est pas présumable qu'une seconde procédure de faux puisse donner des résultats différents. Dans le premier cas, au contraire, ces présomptions n'ont pas la même force, parce que les formalités de l'instruction ne sont pas aussi rigoureuses, et qu'il est d'ailleurs possible que le résultat de la vérification ait été produit par une collusion entre le coupable et le poursuivant (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 275, not. 12; et *suprà* p. 366.) **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 2 et s.

858. *Peut-on prendre la voie d'inscription de faux contre une pièce qui aurait été communiquée, mais qui n'aurait été ni signifiée ni produite?*

Comme toutes les pièces qui seraient communiquées sont censées l'être pour la défense de la partie, la simple communication, dit Sallé, autorise l'adversaire à s'inscrire en faux contre celle de ces pièces qu'il croirait fausse ou falsifiée. Serpillon, sur l'art. 1er du tit. 2 de l'ordonnance de 1737, partage cette opinion; et nous croyons qu'on doit encore la suivre, puisque l'art. 214 du Code de procédure admet l'inscription dans l'une seulement de ces trois circonstances, savoir, que la pièce ait été ou *signifiée*, ou *communiquée*, ou *produite*.

[[Cette solution est évidente, la plupart des auteurs n'ont pas même soulevé la question, tant elle offre peu de difficulté. M. MERLIN seul, *Rép.*, V° *Inscript. de faux*, § 1, n° 1, se la propose incidemment, et la résout comme M. Carré.]]

---

crim. (*Cass.*, 11 déc. 1835; *J. Av.*, t. 50, p. 380. *V.* M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 387 in fine.)

16° Lorsqu'un acte notarié porte deux dates, l'une raturée, l'autre placée en marge par un renvoi non approuvé, la régie doit s'inscrire en faux si elle réclame le double droit, et prétend que la première date est la véritable. (*Cass.*, 23 mars 1836; *J. Av.*, t. 50, p. 380.)

17° On ne peut, sans s'inscrire en faux, demander qu'un exploit d'appel soit déclaré nul, par le motif que la copie non représentée n'a pas été délivrée, quoique l'original le porte. (9 mars 1820; *J. Av.*, t. 44, p. 398.)]

(1) C'est ce qu'expriment ces mots, *s'il y échet*, empruntés de l'art. 2 de l'ordonnance de 1737, ainsi expliqués par les commentateurs, et interprétés par la jurisprudence, conformément à la maxime *frustrà probatur quod probatum non relevat*. Nous remarquerons, au reste, parmi les cas où l'inscription a été rejetée par ces motifs, celui où des actes étaient argués de faux, non pas sur des dispositions qui doivent faire foi en justice, mais sur des déclarations à l'égard desquelles l'attestation de l'homme public était insuffisante. (*V.* THOMINE, éd. in-8°, p. 125, et Comm. *des Ann. du Not.*, t. 2, p. 11 et 12.)

[[858 bis. *Doit-on regarder comme authentique la signature d'une partie apposée au bas d'un acte d'avoué ou d'huissier, et que ces officiers ministériels attestent être celle de la partie?*

Nous croyons que c'est avec raison que, sur cette question, M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 448, établit la distinction suivante. S'il s'agit d'un acte au bas duquel la loi, dans quelqu'une de ses dispositions, exigeait la signature de la partie, il est évident que celui qui a qualité pour retenir et dresser cet acte a également qualité pour attester authentiquement la signature qui en est une partie intégrante. Si donc il en fait mention dans le corps ou au bas de l'acte, foi devra y être ajoutée. Il n'en serait pas de même si cette mention n'existait pas, parce que la signature serait alors abandonnée à elle-même, dépourvue de la garantie que lui imprime l'attestation de l'officier, et qu'on pourrait croire qu'elle a été ajoutée après coup. Mais, si l'acte peut être parfait sans la signature dont s'agit, si la loi ne l'exige pas, l'officier public, en attestant qu'elle a été donnée, ne remplirait pas une fonction de son ministère, il n'y aurait rien d'officiel dans son dire, conséquemment point d'authenticité.]]

859. *Peut-on s'inscrire en faux contre toute pièce, soit privée, soit authentique?* [[*Quelle est l'influence d'une décision rendue au criminel sur l'instance portée devant les tribunaux civils, notamment en matière de faux* (1)?]]

On doit décider l'affirmative de la 1re *question*, pourvu qu'il n'y ait jamais eu de procédure en faux principal ou incident, sur la même pièce, avec celui qui l'argue en faux, ou ceux qu'il représente. (*V.* art. 214, *in fine*, et les *Quest.* 861 et 862.)

---

(1) Nous remarquerons ici que la première chambre de la Cour de Rennes semblerait avoir mis en doute, dans un arrêt du 11 juillet 1816, la vérité de cette proposition, [que, pour qu'on puisse admettre une partie à s'inscrire en faux, il faut qu'elle n'ait point figuré dans une autre procédure en faux, même principal, sur la même pièce.]

Une partie s'était inscrite en faux contre un livre de commerce produit dans une instance civile; mais les moyens de faux ne tendaient qu'à prouver tout au plus que le livre eût été *recopié* frauduleusement par ceux qui le produisaient.

Au moment où il s'agissait d'admettre ou de rejeter les moyens, le ministère public requit, avant toute discussion, le renvoi des pièces devant le juge d'instruction; ce que la Cour ordonna sans prendre autrement connaissance des moyens.

L'instance criminelle fut terminée par un arrêt de la chambre d'accusation, du mois d'août 1816, qui déclara qu'il n'y avait lieu de poursuivre, et que les faits de la plainte, fussent-ils prouvés, ne pouvaient constituer un faux; la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt.

Revenus devant la Cour de Rennes, les défendeurs à l'inscription conclurent au rejet et à la condamnation des demandeurs en dommages-intérêts

Entre autres motifs sur lesquels ils fondaient ces conclusions, ils maintenaient que la pièce avait été l'objet d'une procédure en faux principal; mais la Cour ne se crut point liée, et s'est décidée par le mérite du fond, c'est-à-dire qu'elle a rejeté les moyens de faux par les considérations qui avaient déterminé la chambre d'accusation et la Cour de cassation. (Arrêt du 29 janv. 1818; *J. Av.*, t. 14, p. 393.)

Quoi qu'il en soit, nous osons persister à croire qu'indépendamment de la regle générale *non bis in idem*, qui s'applique surtout au cas où une procédure criminelle a donné pour résultat qu'il n'y avait point de *délit*, et même qu'il ne pouvait en exister, les termes de l'art. 214 ne permettent pas de s'inscrire en faux ou de poursuivre une inscription déjà formée, contre une pièce qui a été *la matière d'une poursuite en faux principal.*

En effet, ou le faux existe, ou il n'existe pas; il n'y a rien d'intermédiaire entre ces deux hypothèses. Or, s'il a été jugé par un tribunal criminel qu'une pièce ne peut être réputée fausse, un tribunal civil pourra bien la rejeter comme *suspecte* ou *nulle*, mais non pas comme *fausse*.

On ne pourrait opposer un arrêt de la Cour de cassation du 21 messidor an 9 (*S.*, t. 1, 1re part., p. 463, et *J. Av.*, t. 22, p. 398), lequel décide qu'un jugement criminel dé-

Ainsi, l'inscription de faux a lieu contre tout acte authentique, quel qu'il soit, même contre les minutes ou expéditions des jugements ou des arrêts (*V.* arrêts divers de la Cour de cassation), et contre tout acte sous seing privé.

Mais il faut observer que l'inscription de faux est toujours indispensable pour détruire les effets des actes authentiques (*V. Nouv. Rép.*, *ubi suprà*, n° 3), tandis qu'à l'égard des actes sous seing privé, la partie a *presque toujours* le choix entre l'inscription de faux et la dénégation ou la méconnaissance.

Nous disons *presque toujours*, parce qu'il est des cas où la partie à laquelle on oppose un acte privé ne pourrait en arrêter les effets que par la voie de l'inscription; par exemple, lorsqu'elle l'a reconnu en justice, ou devant un fonctionnaire public compétent, tel qu'un notaire ou un juge de paix; lorsque l'écrit a été tenu pour être de son fait, par jugement passé en force de chose jugée; enfin, lorsqu'il a été vérifié et tenu pour reconnu. (*V.* le tit. préc.)

En tous ces cas, l'acte privé acquiert la même foi que l'acte authentique, et, sous ce rapport, il ne peut être attaqué que par la voie de l'inscription de faux. (*V.* C. C., art. 1322.)

[[Nous pensons comme M. Carré, que l'inscription de faux peut avoir lieu, même contre un acte privé, quoiqu'il ne fasse pas foi, et que cette voie peut être préférée, par celui auquel on oppose l'acte, à la simple dénégation, quoiqu'il eût bien certainement le droit de se borner à celle-ci. Cette doctrine est aussi professée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 559; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 385; MERLIN, *Rép.*, v° *Inscr. de faux*, § 1er, n° 2, et BONCENNE, t. 4, p. 35 et 36. Au contraire, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 417, enseigne que, lorsqu'un acte ne fait pas foi, qu'il n'est ni authentique, ni reconnu, on n'a pas d'autre voie pour attaquer sa sincérité que la simple dénégation ou méconnaissance, et qu'on ne peut être reçu *de plano* à s'inscrire en faux. Cette opinion nous semble peu réfléchie et mal fondée. En effet, pourquoi a-t-on accordé la voie de la vérification d'écriture à celui qui ne veut pas reconnaître un acte sous seing privé? Parce que c'est une voie plus simple, moins coûteuse : c'est donc dans son intérêt, et pour lui rendre la défense de ses droits plus facile, pour lui donner la faculté de mettre la procédure à la charge de son adversaire. Or, n'est-il pas permis de renoncer à une faculté, à un droit introduit en faveur du renonçant? S'il assume sur lui et toutes les avances et toute la responsabilité de l'incident, son adversaire aura-t-il lieu de s'en plaindre? S'il veut éviter une double procédure, s'il veut en choisir tout d'abord une qui offre plus de garantie pour la découverte de la vérité, peut-on lui en faire grief? Sans doute il n'arrivera pas souvent, ainsi que le fait observer M. BOITARD, t. 2, p. 157, que la partie fasse un tel usage de son droit d'option; mais est-ce là un motif pour le lui contester?]] Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 12 et s.

---

clarant qu'il n'est pas constant qu'une pièce soit fausse n'oblige pas un tribunal civil de la réputer vraie sans *vérification aucune*.

L'espèce de cet arrêt diffère essentiellement de la nôtre, en ce qu'il suffit, au grand criminel, comme l'a déclaré la Cour de cassation, que le délit ne soit pas constant pour que l'accusé soit renvoyé, tandis qu'en matière civile, il faut que le titre soit incontestablement reconnu être l'ouvrage de celui à qui il est opposé, ou de ceux dont il est l'*ayant cause*, pour qu'on puisse en exiger le paiement : on peut donc procéder à *la vérification* de l'acte. (*V.* le *Traité du Droit civil français*, par M. TOULLIER, t. 8, n° 35, notamment p. 71.)

Mais lorsqu'il est expressément décidé qu'il n'y a pas lieu à poursuivre en faux principal, c'est juger de la manière la plus formelle qu'il n'y a pas de faux, et par suite il impliquerait d'admettre au civil une instruction en faux incident. [*V. infrà*, notre opinion longuement motivée sur la seconde partie de la question posée en tête de ce numéro à la Q. 943.]

[[**859** bis. *Quoique l'action en faux principal soit prescrite, peut-on cependant recourir à la voie du faux incident?*

M. PIGEAU, *Procéd. civ.*, tit. 3, ch. 1er, *Jugement sur l'inscription de faux, second cas*, avait trouvé cette différence, entre l'extinction du crime par la mort du coupable et celle qui s'opère par la prescription, que, dans le premier cas, celui auquel on opposait la pièce pouvait toujours l'attaquer par la voie du faux incident contre les héritiers du défunt, tandis que, dans le second, cette voie lui était interdite, et la pièce devait toujours être réputée vraie contre lui. Mais c'était là une erreur sur laquelle ce judicieux auteur est revenu dans son *Comm.*, t. 1, p. 471 et 472, où il a exposé les véritables principes en disant que le seul effet de la prescription, c'est qu'il ne peut plus être dirigé de poursuites au principal contre l'auteur du crime, mais que s'inscrire en faux incident contre une pièce produite dans un procès, ce n'est pas exercer une action, c'est opposer une exception. Or, si les actions sont temporaires, les exceptions sont perpétuelles.

Ces principes ont été consacrés, le 7 février 1827 (*J. Av.*, t. 36, p 35), par la Cour de Limoges, qui, indépendamment du motif ci-dessus, a considéré encore que l'action civile ne pouvait être soumise comme l'action criminelle à la prescription de dix ans, mais seulement à la prescription ordinaire trentenaire, et par la Cour de cass. le 25 mars 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 255). Telle est aussi l'opinion de MM. BONCENNE, t, 4, p. 12, et MANGIN, t. 2, p. 250, n. 369.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 8.

860. *Dans le cas où celui auquel le faux est imputé, soit comme auteur, soit comme complice, est connu et vivant, le tribunal ne peut-il prononcer le renvoi au criminel qu'après l'audition des plaidoiries sur les moyens de faux?*

On a vu, par l'espèce qui a fait la matière de la note sur la *Question* 859, que la Cour de Rennes crut devoir prononcer le renvoi avant les plaidoiries; nous croyons, en effet, avec tous les commentateurs du Code d'instruction criminelle, que, dans le cas où la partie qui argue la pièce soutient que celui qui l'a produite est auteur ou complice du faux, le ministère public se trouve dans l'obligation de requérir le renvoi et le tribunal de le prononcer. (*V.* BOURGUIGNON, p. 383, édit. in-4°; CARNOT, t. 2, p. 509; LEGRAVEREND, p. 531.)

En effet, l'art. 460 contient une disposition générale qu'il n'est pas permis d'éluder; il est ainsi conçu : « Si la partie qui a argué de faux la pièce *soutient* « *que celui qui l'a produite est l'auteur ou le complice du faux, ou s'il résulte de* « *la procédure* que l'auteur ou le complice du faux soit vivant, et la poursuite « du crime non éteinte par la prescription (nous ajouterons, d'après la maxime « *non bis in idem*, ou par un jugement d'absolution ou d'acquiescement de- « venu inattaquable), l'accusation sera suivie criminellement; si le procès « est engagé *au civil*, il sera sursis au jugement jusqu'à ce qu'il ait été pro- « noncé sur le faux. »

Cet article est formel; il ne laisse aucun doute sur l'obligation de renvoyer au criminel, lorsque la partie qui argue de faux accuse celui qui produit la pièce d'être auteur ou complice. C'est véritablement une dénonciation par laquelle l'action du ministère public est provoquée; or, il n'appartient à aucun tribunal de l'arrêter.

Mais remarquons bien le second cas, *ou s'il résulte de la procédure*, etc. Ici la loi ne suppose point cette dénonciation de l'une des parties; et, à moins que le ministère public ne requière le renvoi, en se fondant sur des renseignements recueillis d'une manière quelconque hors de l'instruction, nous ne pensons pas que le tribunal dût l'ordonner avant d'avoir entendu les plaidoi-

ries sur les moyens de faux, qui seuls peuvent fournir les indices qui autorisent le renvoi. Autrement il serait prononcé dans un cas autre que celui que supposent et la seconde partie de l'art. 460 du Code d'instruction, et l'art. 239 du Code de procédure civile, qui ne prescrit également le renvoi qu'autant qu'il *résulte de la procédure* des indices contre une personne vivante. Il faut donc de toute nécessité que le tribunal entende les plaidoiries sur les moyens de faux. (*V. infrà*, sur l'art. 215.)

[[Il nous paraît résulter clairement de la combinaison des art. 239 du Cod. de proc., 29 et 460 du Cod. d'instr. crim., que le procureur du roi peut, en tout état de cause, requérir le renvoi devant les juges criminels; il suffit pour cela qu'il ait trouvé, au point où en est arrivée la procédure, des motifs plausibles de soupçonner le crime. Cette opinion est partagée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 417; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 564, et CARRÉ lui-même, sur la *Quest.* 939, *infrà*. Mais si le procureur du roi ne fait pas cette réquisition, les juges, avant de prononcer le renvoi, seront-ils obligés d'entendre les plaidoiries sur les moyens de faux? Un arrêt de la Cour de cass., du 24 mars 1809 (*J. Av.*, t. 14, p. 358), décide l'affirmative. M. MERLIN, *Q. de D.*, t. 3, p. 556, rapporte deux autres arrêts qui ont prononcé dans le même sens. Il faut bien prendre garde que ces arrêts sont rendus en matière criminelle, et nous croyons, malgré l'opinion de MM. MERLIN et BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 281, n° 50, que leur décision ne doit pas être étendue à la juridiction civile.

Rien n'oblige les juges civils à ne surseoir au jugement du fond qu'après avoir statué sur la pertinence des moyens de faux, quand il y a lieu à informer criminellement : il faut même dire le contraire; en effet, ou la partie qui argue de faux une pièce produite dans son procès prend dès l'abord la voie du faux principal, et, dans ce cas, il n'y a pas possibilité pour les juges civils de statuer sur les moyens, puisqu'il ne leur en sera présenté aucun; ou la partie, ayant pris d'abord la voie du faux incident, se détermine avant que ses moyens soient jugés, à arguer au criminel, et, dans ce cas, il n'y a plus possibilité de statuer sur ces moyens, puisque la procédure en faux incident est interrompue: ou bien enfin, il résulte de l'examen du procès civil, soit qu'il y ait ou non inscription de faux incident, des indices de culpabilité contre une personne existante et connue: et, dans ce cas, il doit être sur-le-champ, c'est-à-dire à quelque époque que se révèlent ces indices, ordonné que l'affaire s'instruira criminellement : or, dans chacune de ces hypothèses, les juges civils sont juges souverains de l'opportunité ou de la nécessité du sursis. *V.* Cass. 15 février 1810 (*J. Av.*, t. 14, p. 368), et Colmar, 3 mai 1808 (t. 14, p. 341).]]

861. *Un débiteur solidaire pourrait-il attaquer, par inscription de faux, l'acte sous seing privé reconnu vrai à l'égard de son codébiteur, qui aurait antérieurement succombé dans une pareille attaque?*

Nous croyons que le jugement qui a déclaré l'acte vrai doit être considéré comme étant commun au codébiteur solidaire qui voudrait s'inscrire en faux, si toutefois son inscription portait sur le contexte de l'acte reconnu véritable; autrement, on admettrait cette seconde inscription contre la prohibition de l'art. 214; car un codébiteur solidaire fait une même personne avec son co-obligé.

Mais si l'inscription ne portait que sur la signature, nous ne pensons pas que l'on pût opposer la disposition de l'art. 214, par le motif que le jugement rendu lors de la première inscription, soit sur le corps de l'acte, soit sur la signature de l'un des codébiteurs, n'a point disposé à l'égard de la signature

de l'autre. (*V.* la 801e *Quest.* et les développements donnés par M. LEPAGE, *Questions*, p. 184, et dans la *Biblioth. du barr.*, 1re part., t. 3, p. 210.)

[[Ces décisions nous paraissent justes; *V.* notre opinion sur les effets de la solidarité en matière de jugement par défaut, *Quest.* 645.]]

862. *Un acte privé ne pouvant, hors le cas de la précedente question, être, une seconde fois, l'objet d'une inscription en faux, quelle voie pourrait employer, contre le jugement rendu sur la première inscription, un tiers qui n'ayant pas été partie à ce jugement, aurait des raisons pour maintenir la fausseté de l'acte?*

Il lui resterait contre ce jugement, qui aurait déclaré l'acte véritable, la voie de la tierce opposition, qui établirait une instance dans laquelle on examinerait, mais par rapport à lui seulement, les motifs d'après lesquels ce jugement pourrait être anéanti. (*V. Quest.* de Lepage, p. 180, et l'art. 174.)

[[Les principes que nous émettons dans notre discussion de la *Quest.* 943 devaient d'avance nous déterminer à partager ici complétement l'opinion de M. Carré. Nous avons émis, par voie d'analogie, la même opinion en matière de vérification d'écriture, *Quest.* 800 *bis*. Toutefois, nous devons ajouter que notre sentiment, qui est également celui de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 452, n'est pas partagé par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 386. Cet auteur s'attache aux expressions *demandeur et défendeur*, que M. BONCENNE lui-même, t. 4, p. 40 et 41, démontre parfaitement n'avoir eu en vue qu'une vérification d'écriture précédente.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 17.

863. *Peut-on s'inscrire en faux après le jugement de la contestation à laquelle se rapporterait l'acte argué?* [[*En tout état de cause, et quoiqu'on ait transigé sur le contenu de l'acte?*]]

Il résulte de l'art. 214 et de la rubrique du titre dont il fait partie que l'inscription de faux n'est qu'un incident d'une contestation principale existant devant un tribunal, et que cet incident n'a lieu qu'à l'occasion d'une pièce quelconque, dont l'une des parties veut se prévaloir à l'appui de sa demande ou de sa défense.

Ainsi l'inscription ne peut avoir lieu lorsque la contestation est jugée. (*V.* arrêt de la Cour de Paris, du 17 décembre 1808, *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 265, et *J. Av.*, t. 14, p. 340.)

Mais, par une conséquence *à contrario*, dès que le procès existe encore, même en Cour d'appel, on peut s'inscrire en faux contre une pièce qui aurait servi de base au jugement du tribunal de première instance, et encore bien qu'on eût demandé devant ce tribunal la nullité de cette pièce sur des moyens autres que ceux de faux. (*V.* arrêts de la Cour de Montpellier, du 28 février 1810, et de celle de Paris, des 17 juillet et 30 août 1810; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 142, 467 et 579, et *J. Av.*, t. 9, p. 85 et 91.)

On peut, en effet, considérer comme un principe certain qu'une partie peut s'inscrire en faux en tout état de cause, et alors même que la pièce eût été vérifiée dans le cours de l'instance. (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 276.)

[[La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur tous ces points.

D'abord la voie de l'inscription de faux ne peut être employée qu'incidemment à une instance principale; *V.* MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 384; PIGEAU, *Proc. civ.*, aux préliminaires du *faux incident*, n° 6, note; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 168; DALLOZ, t. 8, p. 418; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 766, 27e C., et BOITARD, t. 2, p. 159; et, indépendamment de l'arrêt de Paris, du 17 décembre 1808, cité par M. Carré, on peut voir dans le même sens, Nimes, 14 janv. 1808; Colmar, 17 mai 1816 (*J. Av.*, t. 14, p. 339 et 341),

et Rennes, 19 décembre 1815 (t. 14, p. 374). Il résulte des mêmes arrêts que la partie qui se trouve dans cette position ne peut se pourvoir que par la voie du faux principal devant les tribunaux criminels.

On ne peut donc, lorsque la contestation principale est jugée, admettre l'inscription contre la pièce qui a déterminé la décision, soit que le jugement ait acquis force de chose jugée (*V.* les auteurs et les arrêts qui précèdent, et de plus, Grenoble, 8 mai 1832, *J. Av.*, t. 45, p. 521), soit qu'il ait été confirmé par arrêt (mêmes arrêts), soit qu'on ait acquiescé tacitement par l'exécution, (*Cass.*, 18 niv. an XII, t. 12, p. 436, et Parlement de Paris, 13 juin 1691, MERLIN, *Rép.*, t. 6, p. 141). Un seul arrêt de la Cour de Rouen, du 14 fructidor an XII (*J. Av.*, t. 14, p. 331), semble en opposition avec tous les autres, parce qu'il décide que l'individu emprisonné en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne à payer le montant d'un billet, est encore recevable à s'inscrire en faux contre le billet, si son adversaire ne s'oppose pas à cette procédure. Mais, à y bien regarder, la contradiction s'efface, en grande partie au moins, devant cette considération que le défendeur à l'inscription de faux n'avait pas, en temps utile, opposé à son adversaire les deux fins de non-recevoir qu'il aurait pu tirer : 1° de ce que le jugement intervenu sur la pièce était passé en force de chose jugée; 2° de ce qu'il n'existait plus d'instance principale; et rien, dans les motifs donnés par la Cour de Rouen, n'autorise à croire que, si ces exceptions eussent été opposées à temps, elle se fût crue en droit de les rejeter.

Dernière conséquence du principe : en appel, la contestation existant encore, on peut, comme le dit M. Carré, s'inscrire en faux contre la pièce qu'en première instance on avait attaquée par des moyens tous différents. *V.*, outre les arrêts cités, Amiens, 27 mars 1813; Rennes, 16 fév. 1813 (*J. Av.*, t. 14, p. 376), et Rennes, 20 février 1824 (t. 26, p. 114). La voie d'inscription de faux n'est en effet qu'un moyen nouveau, et, si on la considérait comme une demande nouvelle, on ne pourrait du moins lui refuser le caractère de défense à la demande principale, et, comme telle, la faire rentrer dans l'exception dont parle l'article 464 du Cod. de proc. *V.* encore MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 559; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 384. En vain opposerait-on, contre cette dernière solution, qu'en employant, devant les premiers juges, des moyens de défense qui supposent la vérité de la pièce, on est censé l'avoir reconnue, et s'être par suite rendu irrecevable à la contester. Car il n'est point vrai, comme ce raisonnement le suppose, qu'une reconnaissance, ou expresse, ou tacite, élevât une fin de non recevoir contre l'inscription de faux. Il est au contraire de règle, avouée par tous les auteurs, et consacrée par la jurisprudence, qu'on peut, en tout état de cause, s'inscrire en faux contre une pièce qui n'avait été jusque-là l'objet d'aucune objection. *V.* M. DALLOZ, t. 8, p. 417. Cette règle est conforme au texte de l'art. 214, qui n'élève de fin de non-recevoir que dans le cas où la pièce aurait été vérifiée dans une procédure de faux principal ou incident, d'où il suit que tout autre vérification, celle, par exemple, qui aurait eu lieu dans les formes réglées au titre précédent, par reconnaissance *volontaire* ou judiciaire, ou par titres, ou par experts, n'empêcherait pas l'inscription de faux. Aussi, par application de ce principe, a-t-on décidé qu'on peut s'inscrire en faux contre un acte après l'avoir reconnu et approuvé, même après avoir transigé sur son contenu, lorsque cette transaction n'a pas porté sur le fond. Bruxelles, 1er juillet 1820 (*Journ.* de cette Cour, 1820, t. 1, p. 102); Bordeaux, 9 janvier 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 12); 22 juin 1381 (*J. Av.*, t. 41, p. 668), et Riom, 28 déc. 1830 (t. 45, p. 591).

Le 10 avril 1827, la Cour de cassation a été jusqu'à décider que l'endosseur d'un billet qu'il a payé sans réserve peut néanmoins être reçu à s'inscrire en

faux contre sa signature (*J. Av.*, t. 33, p. 172); et, le 23 mai 1822 (t. 14, p. 403), la Cour de Bourges a reconnu que, si l'acte faux est un contrat de mariage, l'inscription est admissible de la part même de l'un des époux, quoiqu'il l'ait consenti et signé.

Mais si la reconnaissance ou l'approbation expresse n'empêchent pas de s'inscrire postérieurement en faux, parce qu'on peut revenir sur une erreur de fait, à plus forte raison, comme nous l'avons dit plus haut, la reconnaissance tacite qui résulterait de ce qu'on aurait commencé par opposer à l'acte des moyens de nature à le faire annuller ou rejeter, en supposant qu'il fût vrai, ne peut pas être opposée. C'est ce qu'ont jugé les Cours de Bruxelles, 12 mai 1824 (*Journ.* de cette Cour, 1824, t. 2, p. 164) et de Paris, 7 janv. 1826 (*Gazette des Trib.*, du 10 du même mois).]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 32.

[[**863** bis. *L'inscription de faux peut-elle avoir lieu devant la Cour de cassation? Contre quels actes? A quel moment de la procédure? La Cour peut-elle la juger? Quid devant le Conseil d'État?*

Devant quelque tribunal qu'on soit en instance, on peut user de la voie de l'inscription de faux. C'est ce qui résulte de la généralité des expressions de l'art. 214 du Cod. de proc. civ., de l'art. 459 du Cod. d'inst. crim., et du règlement de 1737 qui régit encore la procédure suivie devant la Cour de cassation. Il est d'ailleurs suffisamment démontré par la raison elle-même que, dans une instance et devant une juridiction quelconque, il faut ménager un moyen de salut à la partie qui serait menacée de succomber sous le coup d'une pièce fausse. Il ne peut donc y avoir de difficulté sur la première question. (*V.* MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 558 et 560; DALLOZ, t. 8, p. 457; MERLIN, *Rép.*, t. 6, p. 184, v° *Inscr. de faux*, § 7, n° 3.)

Mais contre quels actes l'inscription sera-t-elle admise? Un principe qui domine cette question, et qui est professé par MM. CARRÉ, *suprà*, n° CLXXII; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 274; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 385; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 559; MERLIN, t. 6, p. 152, n° 13; et DALLOZ, t. 8, p. 419; et adopté par un arrêt de la Cour de Rennes, du 21 juill. 1816 (*J. Av.*, t. 14, p. 389), c'est que, pour qu'on soit admis à l'inscription de faux contre un acte, il faut qu'il fasse partie des pièces du procès, et qu'il soit de nature à exercer de l'influence sur la décision. Évidemment donc, en Cour de cassation, on ne peut s'inscrire que contre des actes nécessaires au jugement de la contestation pendante devant la Cour. Or, cette contestation est tout autre que celle qui a été terminée par la sentence attaquée. Les pièces qui ont servi de base à celle-ci, comme constatant des faits ou des conventions, ne sont rien dans le procès qui s'agite à suite du pourvoi. A l'égard de tous les points qui, devant être jugés en fait, pouvaient dépendre de la vérité ou de la fausseté des actes produits, la contestation est terminée par la sentence souveraine intervenue; la Cour saisie du pourvoi n'a pas à s'en occuper. C'est le cas d'appliquer le principe d'après lequel l'inscription est inadmissible après le jugement de la cause. *V.* M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560, et M. MERLIN, *Rép.*, v° *Inscr. de faux*, § 1er, n° 7 *bis*, aux add., t. 15, p. 373; ce jurisconsulte rapporte en cet endroit un arrêt de la Cour de cassat., du 31 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 14, p. 375), qui le juge ainsi dans une espèce où le demandeur en cassation, condamné pour un fait constaté par procès-verbal, voulait, sur l'instance en pourvoi, s'inscrire en faux contre ce procès-verbal. La demande ne fut pas accueillie. On peut voir aussi le même principe maintenu dans un autre arrêt de la même Cour, du 31 mai 1831 (*Dalloz*, 1831-1-206).

Ce n'est donc que contre la minute du jugement attaqué, contre les énonciations contenues dans la feuille d'audience sur laquelle il est porté, ou enfin contre l'expédition, qu'on peut demander à s'inscrire, parce que ce sont là

véritablement *les actes* du procès qui s'agite en cassation. Telle est aussi l'opinion de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560; elle a été consacrée par divers arrêts de la Cour de cassation, des 29 fructidor an IV, 29 juillet 1807, 26 mai 1812, 7 déc. 1818 (*J. Av.*, t. 14, p. 326), et 15 juillet 1833 (t. 45, p. 741). *V.* encore MM. MERLIN, *Rép.*, t. 6, p. 144; DALLOZ, t. 8, p. 417; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 448.

Enfin il a été jugé, le 3 oct. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 308), que l'inscription de faux contre un procès-verbal des débats d'une Cour d'assises ne peut être admise devant la Cour de cassation, que lorsqu'elle porte sur des faits dont la preuve établirait qu'il y a eu dans ces débats violation d'un article de la loi, prescrit à peine de nullité. *V.*, dans le même sens, Bruxelles, 12 juillet 1834 (*J.* de cette Cour, 1835-1-82.)

Quant au moment jusques auquel l'inscription peut être demandée, l'arrêt déjà cité, du 29 fructidor an IV, décide qu'elle peut l'être même après le rapport du procès. Ceci tient plus particulièrement au droit qu'ont les parties de changer leurs conclusions pendant le cours de l'instruction.

Mais est-ce devant la Cour que devra être suivie l'inscription une fois admise? En matière de faux, la compétence n'appartient qu'aux tribunaux ordinaires, c'est-à-dire, pour le civil, aux tribunaux d'arrondissement et aux cours royales; pour le criminel, aux tribunaux correctionnels et aux Cours d'assises; les tribunaux d'exception, dans l'une comme dans l'autre de ces catégories, n'ont pas juridiction pour en connaître, et voilà pourquoi les articles 14, 427 et 1015 du Cod. de proc. prescrivent aux juges de paix, aux tribunaux de commerce et aux arbitres, de renvoyer l'incident en faux devant les juges compétents.

La Cour de cassation est dans le même cas; la nature et la supériorité de ses fonctions la mettent hors de la ligne des tribunaux ordinaires; toute instruction particulière lui est interdite, à moins que la loi ne l'en charge spécialement. Elle doit donc renvoyer la procédure en faux devant le tribunal ordinaire qu'elle désigne, égal à celui dont la sentence est arguée de faux. C'est en effet ce qu'elle pratique, notamment dans toutes les espèces citées plus haut. Cette doctrine est enseignée par MM. MERLIN, *Rép.*, v° *inscription de faux*, § 7, n° 3; DALLOZ, t. 8, p. 457, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 558.

Quant aux formalités préliminaires à ce renvoi, ce n'est pas le Code de procédure qui les indique, mais bien le réglement de 1737. Aussi n'est-il pas nécessaire que la requête en inscription de faux soit communiquée à la partie adverse (*Cass.*, 26 mars 1813; *J. Av.*, t. 14, p. 327), et le délai pour faire sommation au défendeur de déclarer s'il veut se servir de la pièce arguée de faux ne court que du jour où l'expédition de l'arrêt a été délivrée au demandeur (*Cass.*, 5 avril 1813; *J. Av.*, t. 14, p. 377). Néanmoins il semble que la Cour de cassation elle-même ait voulu faire une exception à cette règle, en décidant, le 18 janvier 1828 (*Dalloz*, 1828, 1re part., p. 101), qu'on ne peut donner acte de la déclaration de vouloir s'inscrire en faux contre un procès-verbal de Cour d'assises, qu'autant que la déclaration est faite dans la forme prescrite par le Code de procédure. Il faut considérer que, dans l'espèce, la déclaration n'était contenue que dans un mémoire non signé.

Au reste, il est incontestable que la Cour de cassation peut, suivant les circonstances, accorder ou refuser l'autorisation de s'inscrire en faux contre l'arrêt ou le jugement qui lui est dénoncé (*Cass.*, 13 juillet 1808, 12 août 1829, 25 mai 1830; *J. Av.*, t. 14, p. 347, et DALLOZ, 1830, 1re part., p. 275). Elle a, et à plus forte raison, le même pouvoir discrétionnaire dont jouissent à cet égard les autres tribunaux, comme on peut le voir sur les *Questions* 868 et 890.

En ce qui concerne le conseil d'Etat, les principes sont les mêmes, et la matière est régie par le décret organique, du 22 juillet 1806, art. 20.]]

Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 33 et s.

864. *Si la voie de l'inscription de faux n'est ouverte qu'autant qu'il existe une contestation principale, quelle serait, dans le cas où il n'existerait pas de contestation semblable, la voie que pourrait employer une partie, afin de faire déclarer que la pièce est fausse ou falsifiée? Si elle peut agir au civil, suivra-t-on les formalités prescrites par le titre du faux incident?*

Nul doute que cette partie a la voie du faux principal si l'auteur ou le complice est vivant, et si l'action n'a pas été éteinte de l'une des manières que nous avons indiquées *suprà* n° 860.

La question que nous venons de poser ne peut donc se présenter que dans les cas suivants: 1° lorqu'il y a impossibilité d'agir en faux principal, parce que, l'action criminelle étant éteinte par le décès de l'auteur ou complice, il ne s'agit que de poursuivre le faux contre ses héritiers ou autres possesseurs de la pièce; 2° lorsque, cette action subsistant, la partie qui ne peut être contrainte à prendre la voie la plus rigoureuse, entend user de la faculté que lui donne l'art. 3 du Code d'instruction, de porter son action en justice civile.

Nous avons posé pour exemple, sous la 743e *Quest.* de notre Analyse, l'espèce dans laquelle une partie saisie, en vertu d'un titre que l'on prétend authentique, entend l'arguer de faux, et nous avons dit qu'elle pouvait lier l'instance au civil, en formant une demande principale en nullité de l'acte, fondée sur l'allégation de faux, parce que, le saisissant devant nécessairement opposer pour exception ses maintiens de la véracité de l'acte qu'il produit, il y a lieu à élever l'incident de faux, et par conséquent à formaliser la procédure prescrite en cette matière.

C'est ainsi que, dans tous les cas où l'on entend faire déclarer une pièce fausse par les juges civils, les dispositions du titre du faux incident civil reçoivent leur application. Vainement dirait-on que ces mots, *faux incident civil*, supposent une contestation principale indépendante du faux, et que, dans les hypothèses que nous avons établies, le faux est réellement l'action principale, et non pas un incident; cette objection que nous ne nous arrêterons point à combattre, ne serait d'aucune importance; car nulle disposition de la loi n'interdit de poursuivre civilement le faux comme *action principale*; l'art. 3 du Code d'instruction criminelle autorise au contraire cette poursuite de la manière la plus formelle, sauf, s'il y a lieu, le réquisitoire du ministère public, à fin de renvoi au criminel, et le sursis de cette action civile. Or, comme la loi a tracé une procédure pour ce procès fait à la pièce, il est évident que c'est cette procédure que l'on doit suivre.

M. Carré avait, sous la *Question* 863, reconnu que l'inscription de faux ne pouvait avoir lieu qu'incidemment à une instance principale, et en cela il était d'accord avec les nombreux auteurs cités par nous dans nos observations sur cette question; mais il semble revenir sur son opinion dans la question qui nous occupe en ce moment.

Un arrêt de la Cour de Rennes, du 19 déc. 1815 (*J. Av.*, t. 14, p. 374), rapporté dans la 3e édit. du *Journ. du Pal.*, sous la date du 19 déc. 1812, a jugé que, lorsqu'il n'existe pas d'instance principale, la sommation dont parle l'art. 215 ne pouvait produire aucun effet ni par conséquent être la base d'une procédure en faux. M. Carré, parlant de cet arrêt sous la *Question* 869, prétend que, loin de contredire sa doctrine, il la confirme implicitement. Nous avons de la peine à ne pas voir le contraire dans les motifs qui ont déterminé la Cour de Rennes. Aussi croyons-nous plus exact de dire que sa décision ne peut pas, plus que les arrêts cités sous la *Question* 863, servir d'appui à l'opinion de M. Carré. Néanmoins M. DALLOZ, t. 8, p. 418, rapporte la doctrine de M. Carré sans la combattre.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 384, conseille de faire naître le procès pour pouvoir y enter l'inscription de faux. On assignera, dit-il, celui qui pourrait plus tard se servir de la pièce, pour la représenter et en reconnaître la nullité, ou pour déclarer qu'il n'a transmis à personne aucuns actes ni obligations contre le demandeur : ou la déclaration sera faite, et dès lors il n'y a plus aucun danger; ou l'acte sera produit, et dans ce cas on prendra la voix du faux incident.

Nous adoptons complétement cette ingénieuse pensée de M. Thomine, qui fait disparaître tout ce qu'il y aurait d'injuste à laisser un individu sous le coup d'un acte faux, sans pouvoir enlever à cet acte une force apparente qui plus tard pourrait devenir fatale à ses héritiers. Si les articles du Code de procédure nous paraissent trop formels pour pouvoir adopter l'opinion de MM. Carré et Dalloz, nous devons ajouter qu'une raison d'équité a sans doute provoqué leur détermination.

Au reste, la procédure indiquée par M. Thomine se suit très souvent en matière ordinaire, lorsqu'un procès commence par une sommation d'avoir à faire, ou à enlever telle ou telle chose. Elle n'a donc rien d'insolite.]]

Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 7.

865. *Lorsque, dans le cours d'une instance, une partie se qualifie sous un titre qu'elle tient d'un acte authentique qu'elle n'a ni communiqué ni produit, la partie adverse peut-elle retirer l'expédition de cet acte, la communiquer à son adversaire, lui faire le dénoncé prescrit par l'art.* 215, *et faire en conséquence rejeter la pièce du procès, si l'autre partie ne fait pas dans le délai fixé la déclaration prescrite par l'art.* 216 ?

DU PLUS GÉNÉRALEMENT, *peut-on admettre à s'inscrire en faux, et par conséquent à faire tous les actes préliminaires à l'inscription, une partie qui produit elle-même le titre qu'elle entend arguer ?*

Cette question n'est décidée par aucun arrêt, et n'a été traitée par aucun auteur. Si l'on interprète l'art. 214 du Code civil par l'art. 1 du tit. 2 de l'ordonnance de 1737, on sera porté à décider la question pour la négative, d'après le texte de ce dernier. Il portait, en effet, « que la poursuite du faux incident aura lieu lorsqu'une des parties ayant signifié, communiqué ou produit quelque pièce que ce puisse être dans le cours de la procédure, l'autre partie prétendra que ladite pièce est fausse ou falsifiée. »

Évidemment, on peut conclure de ce texte que la partie à laquelle la communication a été faite, et contre laquelle la pièce a été produite, est la seule qui puisse s'inscrire en faux. Or, dans l'espèce de la question ci-dessus posée, c'est au contraire la partie intéressée à contester le titre qui le produit; et, par conséquent, ses agissements tendant à inscription de faux contre ce titre sont prématurés, puisqu'il n'a encore été ni communiqué ni produit par celle contre laquelle elle agit pour parvenir à l'inscription.

On ne peut dissimuler que tous les articles du Code de procédure semblent supposer ce que l'ordonnance disait clairement, savoir : que l'inscription ne peut avoir lieu, si le demandeur en faux n'est pas celle des parties à laquelle la pièce a été communiquée, ou contre laquelle elle a été produite; ou du moins il n'existe aucun texte qui puisse faire supposer la poursuite de l'incident par la partie même qui a produit la pièce.

Quoi qu'il en soit, nous estimons que l'on ne peut argumenter de ce que la loi n'ait point statué sur le cas particulier qui nous occupe, et ne l'ait pas même supposé, pour en conclure que l'on ne puisse admettre la poursuite du faux de la part d'une partie qui a produit une pièce, lorsqu'elle ne la produit dans cette vue d'être admise à l'inscription, que comme formant le titre dont son adversaire entendrait se prévaloir contre elle. La loi ne statue que sur ce

qui arrive *le plus ordinairement*, et, comme il ne peut arriver que très rarement qu'une partie fournisse elle-même le titre de son adversaire pour s'inscrire en faux contre lui, il n'est pas étonnant que le Code de procédure suppose toujours que c'est contre la partie intéressée à opposer le titre que l'inscription se dirige.

Mais, d'après ce que nous avons dit sur la précédente question, si l'on ne peut contester qu'une partie puisse se pourvoir en faux incident, en demandant l'annulation d'un titre qu'un autre a entre les mains; si, d'un autre côté, l'action en faux principal est admise au civil, conformément à l'article 3 du Code d'instruction criminelle, il s'ensuit évidemment qu'il importe peu que le titre n'ait pas été communiqué ou produit par celui qui pourrait s'en prévaloir. Dès lors que l'autre partie a à craindre qu'on s'en prévaille ou dans la cause engagée, ou par la suite, elle a intérêt à le détruire, et son action doit être admise: elle peut donc sommer la partie de faire sa déclaration, et, si celle-ci laisse passer le délai fixé par l'art. 216 sans la fournir, la pièce doit être rejetée, suivant ce que nous établirons n° 873.

Nous ajouterons que toute action qui pourrait être principale doit être sans difficulté admise comme incidente, dès que l'intérêt de la former s'ouvre dans le cours d'une instance engagée; alors elle est, de toute nécessité, jointe à cette instance, et elle admet l'application de toutes les règles relatives aux incidents, et conséquemment de celles qui concernent l'inscription de faux.

[[Quoique l'un des motifs sur lesquels M. Carré fonde sa solution, soit contraire à notre opinion exprimée sur la question précédente, les autres sont néanmoins suffisants pour que nous adhérions ici à sa doctrine, que nous croyons conforme à l'esprit de l'art. 214, dont au surplus elle ne contrarie nullement les termes. La cour de Rennes l'a adoptée *in terminis* par un arrêt du 12 juin 1820 (*J. Av.*, t. 14, p. 400), ainsi que celle de Montpellier, 16 juillet 1831 (t. 40, p. 278), elle est également professée par M. DALLOZ, t. 8, p. 417.

On peut opposer un arrêt de la Cour de Paris, du 5 niv. an XIII (*J. Av.*, t. 14, p. 401, et *J. P.*, 3e éd., t. 4, p. 308); mais il y a deux observations à faire: la première, c'est qu'il a été rendu sous l'ordonnance de 1737, dont les termes étaient effectivement tels que l'on pouvait, avec raison, soutenir l'inscription de faux inadmissible contre une pièce produite par celui qui demandait à s'inscrire: la seconde, c'est que les circonstances particulières de la cause ne permettaient pas que l'inscription fût admise, en fait, encore bien qu'elle eût été admissible en droit; aussi croyons-nous que, dans des circonstances pareilles, les juges devraient aujourd'hui encore déclarer l'inscription non recevable (*V* la *Quest.* 890 *infrà*); mais ce ne pourrait être qu'à cause de ces circonstances, et non par une raison de droit que la rédaction de l'art. 214 ne justifierait pas.

Telle est notre opinion, malgré un arrêt contraire de la Cour de Colmar du 19 juin 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 25).]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 11.

866. *Peut-on s'inscrire en faux contre des chiffres insérés dans un acte?*

L'affirmative résulte de la généralité des termes de l'art. 214, et, sous l'ordonnance de 1737, elle a été jugée par deux arrêts du Parlement de Besançon. (*V. Nouv. Répert.*, au mot *Inscription de faux*, t. 6, p. 134 et suiv.) [[Cela est évident.]]

867. *Est-il nécessaire de s'inscrire en faux contre un acte qui ne serait pas argué de fausseté matérielle, mais seulement de fausseté morale ou de simulation?*

M. THOMINE DESMAZURES, p. 125, édit. in-8°, décide négativement cette question; et, dans son opinion, les fausetés qui constituent le faux *moral, intellec-*

tuel ou *substantiel*, que nous avons défini p. 364, ne donneraient lieu qu'à un incident qui, comme tout autre, serait poursuivi selon les formes ordinaires sur l'admission des différents genres de preuve autorisés par la loi.

Mais si l'on considère, d'un côté, que l'art. 1319 du Code civil dispose que l'exécution des actes n'est ou ne peut être suspendue qu'en cas de plainte en faux principal suivie d'accusation, ou en cas d'*inscription*; que, de l'autre, l'art. 214 du Code de procédure ne fait aucune distinction entre le faux matériel et le faux moral; si l'on considère enfin que ce même Code contient plusieurs dispositions qui sont également applicables à l'une ou à l'autre de ces deux espèces de faux (*V.* art. 215 à 236 inclus), ne sera-t-on pas forcé d'admettre que le législateur n'a point entendu distinguer, et qu'il a soumis à la procédure tracée au titre que nous expliquons toute pièce authentique ou privée, quelle que soit l'espèce de faux?

Telles sont les considérations qui nous portent à croire que l'on doit procéder par voie d'inscription, toutes les fois qu'il s'agit de fausseté morale, et que ce n'est que par ce moyen que l'on peut, avec plus de certitude, obtenir de prouver par témoins contre et outre le contenu d'un acte, sans représenter un commencement de preuve par écrit. (*V.* Arrêt de la Cour de cassation, du 29 juill. 1809, *Nouv. Répert.*, au mot *Inscription de faux*, t. 6, p. 132 (1).

[[L'avis de M. Carré a pour appui plusieurs arrêts déjà cités et qu'on trouve au *J. Av.*, t. 14, p. 327. Ces arrêts décident tous que l'inscription de faux est nécessaire pour faire tomber l'authenticité de la feuille d'audience, ou la minute d'un jugement ou d'un arrêt, soit que l'on prétende que la minute a été altérée, surchargée ou falsifiée, soit que l'on soutienne que le jugement ou arrêt a été prononcé autrement qu'il n'a été rédigé. Or, c'est bien, dans ce dernier cas, un faux intellectuel, ce qui contrarie évidemment l'opinion de M. Thomine Desmazures, que combattent aussi MM. DALLOZ, t. 8, p. 418 à la note, et BONCENNE, t. 4, p. 9.]] Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 28.

[[867 bis. *L'inscription de faux incident est-elle nécessaire pour détruire, dans un acte authentique, une énonciation que l'on dit et qui paraît être fausse par suite d'une erreur involontaire du rédacteur?*

A cette question se rattache celle qui a été longtemps controversée, touchant les huissiers, et qui maintenant est tranchée d'une manière certaine. Il n'est pas indispensable, pour qu'il y ait faux, que l'officier ministériel ait agi avec intention frauduleuse; il a consigné un fait faux dans son acte; ce fait faux, qui

---

(1) Nous n'en partageons pas moins l'opinion de M. Thomine Desmazures, relativement à la simulation, mais pour les cas seulement où elle n'aurait pas été pratiquée dans un acte contradictoire entre les deux parties; en sorte que l'une n'aurait pas été trompée par l'autre, qui lui aurait fait signer, par exemple, tout autre chose que ce qu'elle eût entendu signer.

On sent, en effet, qu'en ce dernier cas, la simulation constituerait un faux moral, et qu'elle donnerait conséquemment lieu à l'inscription, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

Au contraire, si l'acte simulé que l'on opposerait à une partie était étranger à son propre fait; si, par exemple, il s'agissait d'un acte de vente qui aurait été simulé entre un débiteur et un tiers, afin de soustraire au créancier le gage que lui présentait la chose qui ferait l'objet de cet acte, on ne pourrait dire qu'il y aurait, à proprement parler, ce qu'on appelle un faux. Alors l'exception de simulation, opposée par le défendeur, formerait un incident ordinaire, sur lequel conséquemment il n'y aurait pas lieu à poursuivre par voie d'inscription de faux. (*V.* aussi le Manuel de BOURGUIGNON, p. 373.)

[L'opinion exprimée dans cette note est conforme à un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juin 1816 (*J. Av.*, t. 14, p. 388); et nous l'adoptons.]

rentrait dans le pouvoir certificateur de l'huissier (*V.* la jurisprudence de l'art 214, n° 4), ne peut être détruit que par une inscription de faux ; telle est la jurisprudence constante de la Cour de cassation, dont il nous suffit de citer le dernier arrêt du 11 avril 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 361, *Dalloz*, 37-1-303, et *J. P.*, t. 1er de 1837, p. 432). Tel est aussi l'avis de M. BONCENNE, t. 4, p. 14.

« Il est difficile, ajoute ce savant jurisconsulte, d'éclairer la métaphysique de « ce faux inanimé, si je puis ainsi parler, et de faire comprendre la théorie de « ses abstractions. Je m'avisai, dans une affaire qui date déjà de loin, de sou- « tenir que l'inscription de faux incident était nécessaire pour détruire, dans « un acte authentique, une énonciation que l'on disait et qui paraissait être « fausse par suite d'une erreur involontaire du rédacteur. Cette proposition « fut traitée comme une hérésie tombant en plein concile ; on était accoutumé « à criminaliser toute espèce de faux, et on dut se récrier contre l'idée d'y « assimiler une simple erreur mêlée sans fraude aux clauses d'un contrat. »

Nous n'ajouterons à cette peinture vive d'une opinion dont nous adoptons toutes les conséquences, que la citation d'un arrêt de la Cour de cassation qui l'a consacrée. Cet arrêt, indiqué par M. Boncenne, a été rendu le 2 juin 1834 (*Dalloz*, 34-1-260). Le premier et principal motif de cette décision est que « l'inscription de faux, soit principal, soit incident, est le seul moyen légal « qui puisse retirer à un acte authentique la foi qui, sans le remède de cette « inscription, lui serait irrésistiblement acquise, avec cette unique différence « que, dans l'inscription en faux incident, le procès est fait à la pièce seule, « sans aucunement inculper la personne ; qu'ainsi la permission de prouver « le faux dont un tel acte peut être infecté, ne saurait, sans une sorte de déni « de justice, être refusée à la partie contre laquelle on veut s'en prévaloir. »]]

Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 24 et s.

868. *Doit-on nécessairement s'inscrire en faux, dans le cas où il ne s'agit que d'altération évidente d'un acte véritable ?*

Ce faux, que les auteurs appelaient *faux matériel*, et que nous avons seulement considéré, p. 364, comme une des espèces du faux auquel nous avons donné cette même qualification, peut être tellement frappant que des auteurs ont pensé qu'il était inutile d'avoir recours, pour le découvrir, à la procédure en inscription de faux.

M. Merlin appuie cette opinion de quelques arrêts ; mais on pourrait opposer, comme nous l'avons fait sur la précédente question, relativement au faux moral, l'art. 1319 du Code civil, et la généralité des termes de l'art. 214. Cependant, en ne dissimulant pas que l'on pouvait maintenir le contraire, et peut-être avec fondement, par argument de l'art. 1319 du Code civil, et de ce que nous avons établi sur la 867e *Quest.* M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 273, note 4, fait à ce sujet une distinction ; il admet bien qu'il n'y a pas lieu à formaliser dans l'espèce la procédure prescrite pour la vérification de la pièce ; mais il maintient que, pour la rejeter du procès, il est au moins nécessaire que la déclaration d'inscription soit passée au greffe. En effet, dit cet auteur, l'art. 1319 du Code civil décide que l'exécution des actes n'est ou ne peut être suspendue qu'en cas de plainte en faux, suivie d'accusation, ou en cas d'*inscription ;* il semble donc prononcer indirectement que l'inscription est au moins nécessaire. Quoi qu'il en soit, cette opinion a été rejetée par arrêt de la Cour de cassation, du 18 août 1813. (*S.*, t. 14, 1re part., p. 40, et *J. Av.*, t. 14, p. 380.)

[[L'opinion de M. Berriat-Saint-Prix est partagée par M. TH. DESMAZURES, t. 1, p. 385 ; mais ce n'est point celle de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 557, et MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Inscr. de faux*, § 1, qui accordent aux juges un

pouvoir illimité pour prononcer la fausseté de la pièce, même avant l'inscription, lorsque les signes de faux sont évidents et palpables. Nous croyons devoir nous ranger à ce dernier avis, parce que les expressions de l'art. 214, *s'il y échet*, nous paraissent imprimer à l'autorité du juge le plus haut degré du caractère facultatif. Cette solution n'était pas douteuse dans l'ancienne jurisprudence, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 floréal an X (MERLIN, *loco citato*, et *J. P.*, 3e édit., t. 2, p. 564.) Elle a été méconnue depuis, par la Cour d'Amiens, le 21 décembre 1809 (*J. Av.*, t. 14, p. 380), et par celle de Bruxelles, le 18 avril 1831. Ces deux Cours ont exigé l'inscription malgré les signes évidents de falsification; mais la Cour de Bordeaux, le 1er mars 1831, (*J.* de cette Cour, t. 6, p. 115), et celle de Rennes, le 5 février 1813 (*J.* de cette Cour, t. 4, p. 35), ont consacré notre doctrine, qui se trouve d'ailleurs appuyée par quatre arrêts de la Cour de cassation, 18 août 1813 (*J. Av.*, t. 14, p. 380), 20 fév. 1821 (t. 23, p. 53), 12 janv. 1833 (t. 47, p. 470), et 23 août 1836 (t. 51, p. 573). *V. infrà* notre *Question* 890.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 29.

ART. 215. Celui qui voudra s'inscrire en faux sera tenu préalablement de sommer l'autre partie, par acte d'avoué à avoué, de déclarer si elle veut ou non se servir de la pièce, avec déclaration que, dans le cas où elle s'en servirait, il s'inscrira en faux.

Tarif, 71. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 268, nos 1 et 2.] — Ord. de 1737, tit. 2, art. 3 et 4. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Faux incident*, nos 166, 170. — Arm. Dalloz, *ibid*, nos 113 à 117. — QUESTIONS TRAITÉES : Si l'on entendait poursuivre le faux par action *directe*, devant le tribunal civil, pourrait-on commencer par la sommation prescrite par l'art. 215? *Q.* 869. — La sommation dont il s'agit doit-elle être signée par le demandeur en faux? *Q* 870.]

CLXXIII. Il ne suffit pas d'avoir produit une pièce arguée de faux pour être exposé à la procedure réglée par ce titre; la loi tend encore une main secourable à celui qui voudrait profiter d'un faux; elle veut qu'il soit averti du danger, et l'instruction ne commence qu'après une réponse affirmative à une sommation de déclarer s'il entend se servir de la pièce. Ici l'art. 215 présente deux innovations relativement à l'ordonnance de 1667, art. 3. Suivant elle, l'autorisation du magistrat devait précéder la sommation, et le demandeur était tenu d'une consignation d'amende dont la quittance devait être jointe à la requête. Les auteurs du Code ont pensé que l'autorisation du magistrat ne devait intervenir qu'au moment où l'intérêt de celui auquel on pourrait opposer la pièce se joint à la volonté formelle de s'en servir contre lui. Ce n'est qu'alors que l'intérêt du premier prend naissance, et, par conséquent, l'autorisation de l'inscription ne peut être donnée qu'après les actes préalables dont il s'agit dans les art. 215, 216 et 217. (*V.* art. 218.) [[*V.* nos observations sur la *Quest.* 868.]]

Quant à la consignation d'amende, il n'eût pas été juste de l'exiger avan que le défendeur l'eût encourue (1); elle eût pu d'ailleurs excéder ses moyens, et cette peine anticipée eût été en quelque sorte un déni de justice: aussi notre Code n'ordonne-t-il la consignation que dans le cas où le défendeur a succombé (art. 246). [[Pour la procédure à suivre devant la Cour de Cassation, voy. notre *Quest.* 863 *bis*.]]

---

(1) Cette remarque du rapporteur de la loi au corps législatif pourrait s'appliquer à la consignation exigée pour l'appel et le pourvoi en cassation.

869. *Si l'on entendait poursuivre le faux par action directe, devant le tribunal civil, pourrait-on commencer par la sommation prescrite par l'art.* 215?

Cette question a été jugée négativement par arrêt de la Cour de Rennes, du 19 décembre 1812 (*J. Av.*, t. 14, p. 374), par la raison que l'art. 215 suppose nécessairement l'existence d'une instance principale déjà régulièrement formée entre les parties.

Elle a considéré qu'il fallait une assignation à personne ou à domicile sur *la manière légale* d'introduire une instance; et, en conséquence, elle a déclaré nulle la sommation non précédée d'un ajournement régulier.

Cette décision est, sans contredit, conforme aux principes; mais, loin de détruire la solution donnée *suprà*, nº 864, elle nous paraît la confirmer, au contraire, en ce qu'elle admet implicitement la faculté de poursuivre un faux au civil par action principale.

Au reste, nous pensons que, si la sommation contenait *ajournement*, il n'y aurait pas lieu de prononcer la nullité: nous ne verrions dans cet acte qu'économie de frais et moyen de simplifier la procédure, et d'en accélérer les résultats. [[*V.* nos observations sur la *Question* 864.]]

870. *La sommation dont il s'agit doit-elle être signée par le demandeur en faux?*

La loi ne l'exige point; et, ce qui prouve qu'on ne doit pas suppléer à son silence, c'est qu'elle s'est exprimée formellement toutes les fois qu'elle a entendu que la signature de la partie fût apposée. (*V.* art. 216 et 218.)

Mais l'avoué qui fait notifier la sommation n'en doit pas moins se munir, à cet effet, d'un pouvoir spécial, afin de se mettre à l'abri du désaveu. (*V.* Comm. des *Ann. du Not.*, t. 1, p. 16.)

[[On trouve cette même décision, accompagnée du même conseil, dans MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 388, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560.]]

ART. 216. Dans les huit jours, la partie sommée doit faire signifier, par acte d'avoué, sa déclaration, signée d'elle ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique, dont copie sera donnée, si elle entend ou non se servir de la pièce arguée de faux.

Tarif, 71. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 268, nºs 3 et 4.] — Ord. de 1737, tit. 2, art. 10 et 11, et *infrà*, sur l'art. 250. — [Notre Dict. gén. de Proc., vº *Faux incident*, nºs 67 à 75, 77, 78, 171. — Devilleneuve, *eod.*, nºs 48 à 51. — Arm. Dalloz, *eod.*, nºs 118 à 132. — Locré, t. 21, p. 607, nº 15. — QUESTIONS TRAITÉES: La partie est-elle tenue de faire la déclaration prescrite par l'art. 216, lorsque la sommation lui est faite sous le cours d'un délibéré, et, si elle n'y est pas tenue, que doit-elle faire pour prévenir l'inscription de faux? *Q.* 871. — Le délai donné au défendeur pour faire la déclaration prescrite est-il franc et doit-il être augmenté à raison des distances, conformément à l'art. 1033? *Q.* 872. — Le même délai est-il fatal, en sorte qu'après son expiration, le défendeur ne puisse plus signifier sa réponse, et que le juge soit rigoureusement tenu d'ordonner le rejet de la pièce, si le défendeur n'a pas répondu à la sommation? *Q.* 873. — Le tribunal peut-il proroger le délai? *Q.* 874. — La réponse ou déclaration du défendeur peut-elle être donnée sous condition ou restriction? *Q.* 875. — Le défendeur qui aurait renoncé à se servir de la pièce pourrait-il, avant qu'elle eût été rejetée par jugement, rétracter cette déclaration? *Q.* 876. — Si, au contraire, le défendeur avait déclaré qu'il entendait se servir de la pièce, pourrait-il rétracter cette déclaration? *Q.* 877. — Si la déclaration du défendeur n'était pas signée de lui ou de son fondé de pouvoir spécial, devrait-on néanmoins y avoir égard? *Q.* 878. — Lorsque le pouvoir en vertu duquel le mandataire agit en justice est argué de faux, est-ce le mandataire qui devient partie principale, et auquel seulement il appartient de soutenir la validité du mandat? *Q.* 879. — Le cessionnaire des droits résultant d'un acte peut-il déclarer lui-même qu'il entend se servir de cet acte, si son adversaire l'a argué de faux, et a sommé le cédant de faire cette déclaration? *Q.* 879 *bis*. — La déclaration d'entendre en tel sens une énonciation insérée dans la pièce, mais sans ajouter que l'on veut se servir de cette pièce, suffit-elle pour remplir le vœu de l'art. 216? *Q.* 880.] V. *infrà*, p. 386, Q. 871 *bis* et p. 394, Q. 880 *ter*.

CLXXIV. La réponse exigée par l'article ci-dessus devient un lien judiciaire pour la partie qui a été sommée de la faire; elle excède par conséquent les bornes d'un pouvoir général : il faut donc qu'elle soit signée de la partie ou d'un fondé de pouvoir spécial. Cette forme est tellement rigoureuse que l'on a vu, sous le régime de l'ordonnance de 1737, une des Cours supérieures du royaume annuler une inscription de faux, parce qu'on avait cru pouvoir se contenter de la réponse affirmative de la partie, faite à l'audience sur l'interpellation du juge. (*Rapp. au corps législ.*)

871. *La partie est-elle tenue de faire la déclaration prescrite par l'art.* 216, *lorsque la sommation lui est faite sous le cours d'un délibéré; et, si elle n'y est pas tenue, que doit-elle faire pour prévenir l'inscription de faux?*

Nous avons dit, *suprà, Quest.* 441, que nous persistions à croire que le délibéré sans rapport était le seul qui terminât l'instruction, nonobstant un arrêt contraire de la Cour de cassation, du 27 fructidor an VIII, rapporté au nouveau *Répertoire*, v° *Délibéré*, et *J. Av.*, t. 9, p. 9. Ainsi, nous pensons que la sommation dont il s'agit en l'art. 215 peut être faite sous le cours du délibéré avec rapport; mais, par une conséquence nécessaire, qu'elle ne peut avoir lieu si les juges se sont bornés à renvoyer à une audience indiquée, pour, après délibération à la chambre du conseil, le jugement être prononcé.

Dans ce cas, il nous semble évident que l'instruction est entièrement terminée, et qu'aucun incident ne peut suspendre, soit la délibération, soit la prononciation du jugement.

Ici nous pouvons invoquer l'ancienne pratique, attestée par l'arrêt du 27 fructidor, et la maxime qu'il déclare être un principe constant, que *les délibérés doivent être rapportés et jugés en l'état qu'ils ont eu lieu.* On sentira que cet arrêt doit avoir d'autant plus d'influence dans l'espèce particulière de la présente question, qu'il a été prononcé relativement à un délibéré sur rapport.

Mais, indépendamment de ces raisons générales, uniquement fondées en droit, on doit considérer combien est défavorable un commencement de poursuite à fin de faux incident de la part d'une partie à laquelle la pièce a été opposée, et qui cependant laisse courir l'instance sans l'arguer de faux. Il est d'ailleurs dans le vœu de la loi que la sommation prescrite par l'art. 215 soit notifiée dès que la pièce est opposée, puisque cette sommation et la réponse qu'elle exige ont pour but d'arrêter toutes les procédures auxquelles cette pièce pourrait donner lieu. Nous estimons, en conséquence, que le défendeur à une sommation faite sous le cours d'un délibéré sans rapport est fondé à déclarer qu'il refuse de répondre à la sommation, attendu qu'elle est tardive, et que le tribunal, dans le cas où le demandeur poursuive l'audience, doit déclarer la sommation non avenue, et passer outre à la prononciation du jugement (1). [[*V.* notre opinion sur la *Quest.* 441.]]

Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 44, 45.

---

(1) Il serait possible que l'on opposât, contre cette opinion, que, dans l'ancienne pratique, celle des parties qui avait une nouvelle demande à former pouvait la porter à l'audience, et que, si les juges trouvaient qu'il y eût *connexité*, ils ordonnaient, sur cette demande, *un délibéré joint au premier;* mais nous répondrions qu'une *jonction* présuppose la possibilité de juger la nouvelle demande en même temps que la première, qui est l'objet du délibéré, et, de plus, celle de juger en même temps cette nouvelle demande, sans instruction particulière et préalable. Or, au contraire, l'incident de faux exige non-seulement une longue procédure, mais plusieurs jugements préparatoires ou définitifs, avant lesquels on ne peut passer au jugement du fond : ce n'est donc pas le cas de joindre au délibéré.

872. *Le délai donné au défendeur pour faire la déclaration prescrite est-il franc, et doit-il être augmenté à raison des distances, conformément à l'article* 1033 ?

D'après l'art. 216, l'avoué ne peut, sans la participation de la partie, répondre à la sommation du demandeur en faux, et cela paraîtrait devoir suffire pour décider que, si le défendeur est éloigné, le délai de huitaine accordé pour faire cette réponse doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres, pour le voyage du lieu où siége le tribunal à celui où demeure le défendeur, et de pareil délai pour le retour.

Telle est l'opinion de M. THOMINE, p. 127, édit. in-8°, et des auteurs des *Annales du Notariat* (*Comm.*, t. 2, p. 16 et 17), et elle aurait pour appui la disposition de l'art. 10 de l'ordonnance de 1737, qui accordait une augmentation de délai, sur laquelle, dirait-on, l'art. 216 garde le silence, par le motif que l'art. 1033 contient une disposition générale à laquelle le législateur a entendu renvoyer.

M. PIGEAU dit, au contraire, t. 1, p. 323, que la sommation prescrite par l'art. 215 n'est pas faite à personne ou domicile, mais par acte d'avoué. Or, l'art. 1033 ne se rapporte qu'au premier cas, dont le délai n'est ni franc ni susceptible d'augmentation; le jour de la signification est le seul qui n'y soit pas compris. Nous avions adopté cette opinion dans notre Analyse, n° 750, en faisant observer toutefois qu'il peut arriver souvent que le délai ne suffise pas; mais nous répondions que tout inconvénient cessait par la faculté qu'aurait le juge d'ordonner une prorogation. (*V.* la *Question* suivante.)

Quoi qu'il en soit, puisqu'il est admis aujourd'hui que, dans l'espèce de l'art. 261, l'art. 1033 est applicable au délai donné à la partie à domicile de son avoué, pour être présente à l'enquête; nous ferons la même application au cas de l'art. 216, non-seulement par identité de raison, mais *à fortiori*, puisque, dans l'espèce de l'art. 261, la partie n'est pas tenue d'être présente ou de constituer un procureur spécial, tandis qu'il faut nécessairement que la déclaration exigée d'elle par l'art. 216 soit revêtue de sa signature ou de celle d'un fondé de pouvoir.

[[Cette solution, qui nous paraît conforme à l'esprit bien entendu de la loi, est adoptée par MM. THOMINE DESMAZURES, in-4°, t. 1, p. 389; DALLOZ, t. 8, p. 434, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 454. Ce dernier auteur s'exprime ainsi : « Lorsque l'assistance et la détermination de la partie sont nécessaires, « comme dans les cas de cet article et des articles 309, 383 et autres, la par- « tie qui n'a pu prévoir dès l'entrée de la cause le cas qui nécessiterait son « assistance, n'a pu donner un pouvoir spécial pour ce cas; ce délai doit « donc être augmenté. » Au reste, dans son précédent ouvrage, M. PIGEAU ne nous paraît pas avoir enseigné l'opinion contraire, comme M. Carré semble le croire; il ne s'était occupé que de la question de savoir si la huitaine était franche, et n'avait point parlé de l'augmentation. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560, pense qu'il n'y a pas lieu à cette augmentation. Il se fonde sur la considération qui avait déterminé M. Carré, lorsque celui-ci avait précédemment professé cette doctrine dans son Analyse n° 750.

La nouvelle opinion de ce dernier auteur est d'ailleurs appuyée par deux arrêts, l'un de la Cour de Grenoble du 28 août 1821 (*J. Av.*, t. 14, p. 366), et l'autre de la Cour de Besançon du 3 août 1825 (p. 367), lesquels, sans juger la question *in terminis*, la préjugent du moins, et surtout par une décision de la Cour de Bordeaux, du 9 août 1828 (t. 36, p. 25), qui consacre formellement notre système.]] Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 46, 47.

873. *Le même délai est-il fatal, en sorte qu'après son expiration le défendeur ne puisse plus signifier sa réponse, et que le juge soit rigoureusement tenu d'ordonner le rejet de la pièce, si le défendeur n'a pas répondu à la sommation ?*

Nous avions remarqué, sur la 751e *Quest.* de l'Analyse, que la question proposée avait été longtemps un objet de controverse sous l'empire de l'ordonnance de 1737 ; mais qu'enfin elle avait été résolue définitivement pour l'affirmative. Nous le prouvions, en citant des autorités auxquelles nous eussions pu ajouter un arrêt de la Cour de cassation, du 5 avril 1813 (*S.*, t. 13, 1re part., p. 314, et *J. Av.*, t. 14, p. 377), rendu par application des dispositions de cette ordonnance. Mais, comme l'art. 216 du Code de procédure civile ne prononce point la déchéance, nous pensions, par argumentation *à contrario* de l'article 1029, que le défendeur était recevable à fournir sa déclaration aussi longtemps, du moins, que, sur les poursuites du demandeur, le tribunal n'aurait pas rejeté la pièce. Mais deux arrêts de la Cour de Rennes (*J. Av.*, t. 14, p. 362), l'un du 9 août 1809, 3e chambre, l'autre du 28 novembre 1814, 1re chambre, en consacrant notre opinion sous le rapport que le délai fixé par l'art. 216 n'est que comminatoire, admettent un juste tempérament, en déclarant qu'il devient fatal aussitôt que le demandeur en faux a suivi l'audience, conformément à l'art. 217, afin de faire rejeter la pièce. Il s'ensuit que le défendeur peut, jusqu'à l'avenir notifié à cet effet, signifier valablement sa déclaration d'entendre se servir de la pièce ; mais que, si l'avenir lui est donné, cette faculté lui est interdite, et le tribunal ne peut se refuser à prononcer le rejet.

Cette décision nous paraît bien fondée, par la raison que, si la déchéance n'est pas attachée à l'expiration même du délai donné par l'art. 216, attendu que cet article ne la prononce pas, du moins les effets que doit produire le défaut d'avoir fait la déclaration dans le délai fixé, et qui consistent dans le rejet de la pièce, doivent-ils être acquis au demandeur, aussitôt qu'il a formé sa demande afin que le tribunal les prononce. Si le délai n'est pas fatal jusque-là, c'est parce que le demandeur est présumé l'avoir prorogé en ne demandant pas le rejet de la pièce ; mais cette présomption cesse par la notification de cette demande, et, comme elle est fondée sur ce que le défendeur n'a pas fait sa déclaration, comme l'exige l'art. 216, le tribunal ne peut, sans contrevenir à cet article, admettre le défendeur à faire une déclaration postérieurement à cette demande. Nous concluons, en conséquence, que cette déclaration est valable depuis l'expiration du délai jusqu'à la notification de l'avenir donné à l'effet de rejeter la pièce, ainsi que l'ont jugé les arrêts de Rennes ci-dessus cités, et implicitement la Cour de Rouen, par arrêt du 24 août 1816 (*S.*, t. 18, 2e part., p. 291, et *J. Av.*, t. 14, p. 362), qui, en déclarant que le délai n'est pas prescrit à peine de déchéance, prend en considération que le défendeur avait fait sa déclaration avant toute demande en rejet de la pièce : d'où suit qu'elle l'eût jugé déchu, si le demandeur s'était pourvu conformément à l'art. 217.

[[La première opinion de M. Carré est la seule qu'on suive depuis plusieurs années ; la jurisprudence a repoussé le tempérament qu'avait admis la Cour de Rennes.

Mon honorable confrère, M. J.-B. Duvergier, le savant continuateur de notre Pothier moderne, délibéra avec moi, en 1833, une consultation en ce sens, et nous n'hésitâmes pas un seul instant.

Dans son tome 4, pages 60 à 70, M. Boncenne nous apprend qu'il a été également consulté en 1837, et qu'il s'est élevé contre l'injustice et l'inconséquence du système de la Cour de Rennes. Le tribunal de Loches avait prononcé la dé-

chéance; mais, sur la consultation de M. Boncenne, la Cour d'Orléans et la Cour de cassation, le 8 août 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 298), rejetèrent cette doctrine qui ne présente plus aujourd'hui de controverse sérieuse.

L'opinion de M. Carré avait été partagée par MM. MERLIN, v° *Inscription de faux;* DALLOZ, t. 8, p. 434; mais elle a été rejetée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 454, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 389.

Quant aux arrêts, si on peut ajouter à ceux que cite M. Carré un arrêt de Nîmes du 11 mars 1819, on peut opposer les arrêts des Cours de Nîmes du 20 mai 1829 (*J. Av.*, t. 41, p. 600); de Rouen, 5 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 40, p. 95); de Colmar, 4 août 1833 (*J.* de cette Cour, 1833, p. 277), et enfin la dernière jurisprudence de la Cour de cassation.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil* n° 48, 49

874. *Le tribunal peut-il proroger le délai?*

Les commentateurs de l'ordonnance de 1737 tenaient pour l'affirmative (*V.* Serpillon sur l'art. 10 du tit. 2), et la Cour royale d'Angers, par arrêt du 21 janvier 1809 (*S.*, t. 9, 2e part., p. 304; *J. Av.*, t. 6, p. 681, et *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 327), s'est prononcée de la même manière, dans une espèce où le défendeur s'excusait de n'avoir pas fourni sa déclaration dans le délai, en alléguant des circonstances qui s'opposaient, suivant lui, à ce qu'il l'eût valablement faite.

M. THOMINE, éd. in-8°, p. 127, dit aussi que l'avoué du défendeur ne paraît pas exclu du droit de demander une prorogation de délai, en cas d'absence de sa partie, ou de motifs légitimes qui empêcheraient sa réponse. (*V.* encore l'art. 219.) (1)

[[Voir, dans le même sens, la plupart des arrêts cités sur les deux précédentes questions, et MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560, et THOMINE DESMAZURES, éd. in-4°, t. 1, p. 389; il ne peut en effet s'élever de doute sur cette solution.]]

875. *La réponse ou déclaration du défendeur peut-elle être donnée sous condition ou restriction?*

Elle doit être, comme le disait l'art. 11 du tit. 2 de l'ordonnance de 1737, *précise*, c'est-à-dire *formelle, claire, sans équivoque, réserve, ni condition*, en un mot, par *oui* ou par *non*. (*V.* Serpillon sur cet article, p. 169.)

[[Cette règle est juste en général. Néanmoins, nous pensons avec la Cour de Rouen, 5 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 40, p. 95), que le défendeur à l'inscription de faux satisfait à la loi, en déclarant qu'il entend se servir de la pièce arguée de faux tant qu'on ne lui en aura pas démontré la fausseté, s'il lui a été impossible de savoir lui-même qu'elle n'était pas sincère; et, avec celle d'Angers, 21 janvier 1809 (cité sous la *Quest.* précédente), que la partie n'est pas tenue de satisfaire à la sommation lorsqu'elle a à proposer des exceptions sur lesquelles il doit être statué préalablement, de la nature de celles, par exemple, qui sont couvertes par tout autre défense. Nous adoptons aussi la solution que donne M. Carré sur la *Question* 880.

M. BONCENNE, t. 4, p. 76, sans s'expliquer sur des circonstances de fait particulières, cite la loi 11, § 7, ff. *de Interrogationibus in jure faciendis*, et il en conclut que la réponse doit être *formelle, claire, sans équivoque, ni réserves, ni conditions*, et qu'autrement la partie serait censée n'avoir pas répondu.]]

---

(1) Si l'on n'adoptait pas cette opinion, on sent qu'il ne pourrait du moins s'élever de doute raisonnable concernant l'augmentation du délai dont il a été parlé sur la 872e *Quest.*, et nonobstant la disposition, contraire en apparence, de l'art. 1033 : la loi n'a pas entendu prescrire l'impossible.

876. *Le défendeur qui aurait renoncé à se servir de la pièce pourrait-il, avant qu'elle eût été rejetée par jugement, rétracter cette déclaration ?*

Tous les commentateurs de l'ordonnance de 1737 maintenaient la négative (*V.* Serpillon, sur l'art. 14, p. 179, Jousse, dans ses notes sur cette ordonnance, à la suite de son *Commentaire* de celle de 1670, etc.). Cette opinion a été reproduite par M. DELAPORTE, t. 1, p. 217, et par les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 19 et 20.

En effet, celui qui a déclaré, dans un procès, qu'il ne veut pas se servir d'une pièce, ne peut changer de volonté, parce qu'il est censé, par sa déclaration, avoir reconnu la fausseté de la pièce, ou l'avoir regardée comme inutile.

Mais on doit remarquer, avec DUPARC POULLAIN, t. 12, p. 687, n° 64 de ses *Principes*, qu'un tel désistement doit être considéré comme les reconnaissances et les consentements donnés par une partie sous le cours d'une instance, et qui peuvent être susceptibles de restitution, quand elle prouve qu'ils ont eu pour cause l'erreur, la fraude ou la crainte, etc.

[[Toutes ces solutions nous paraissent justes, parce qu'il y a eu contrat judiciaire. Elles sont approuvées par MM. DALLOZ, t. 8, p. 434; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 390; et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560.]]

877. *Si, au contraire, le défendeur avait déclaré qu'il entendait se servir de la pièce, pourrait-il rétracter cette déclaration ?*

D'anciens arrêts avaient décidé cette question pour la négative. Jousse disait, au contraire, sur l'art. 13 de l'ordonnance de 1737, que le défendeur en faux était, en tout état de cause, admis à abandonner la pièce arguée.

Nous croyons que cette dernière décision doit prévaloir, puisqu'une partie a, dans toutes les circonstances, la faculté de renoncer à un droit qui lui est acquis, à plus forte raison a-t-elle le pouvoir de renoncer à un moyen qui lui est contesté. (*V.* Serpillon, sur l'art. 13.)

[[Ceci est encore évident. *V.* MM. DALLOZ, t. 8, p. 434; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 389. Ce dernier auteur ajoute que la solution résulte implicitement de l'art. 220.]]

878. *Si la déclaration du défendeur n'était pas signée de lui ou de son fondé de pouvoir spécial, devrait-on néanmoins avoir égard à cette déclaration ?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que la loi exige impérieusement la signature du défendeur ou de son procurateur. Il en résulte que, si cette formalité n'était pas remplie, on ne devrait avoir aucun égard à la déclaration. Ainsi le demandeur pourrait sommer d'audience pour faire rejeter la pièce, comme s'il n'y avait pas eu de déclaration. (*V.* Comm. des *Ann. du Not.*, t. 2, p. 17, et les *Quest.* sur l'art. 218.)

[[C'est ce qui a été jugé, avec raison, le 9 janvier 1829, par la Cour de Bordeaux, dans l'affaire Piat de Villeneuve, contre les héritiers Wirtz. (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 12.) Toutefois, l'avoué, en ce cas, obtiendrait facilement un délai de prorogation pour faire régulariser sa procédure.]] **Supp. alph.** V° *Faux incident civil*, n. 40 et s.

879. *Lorsque le pouvoir en vertu duquel un mandataire agit en justice est argué de faux, est-ce le mandataire qui devient partie principale, et auquel seulement il appartient de soutenir la validité du mandat ?*

Nous croyons devoir résoudre affirmativement cette question vraiment importante.

Vainement, dans notre opinion, voudrait-on se prévaloir, pour la négative, des dispositions de l'art. 216, qui veut que la déclaration de la partie sommée soit signée d'elle ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique, et en concluerait-on que, le mandataire ne pouvant répondre à la sommation qui lui serait faite, conformément à l'article 216, ce n'est pas lui, mais le commettant qui doit être partie dans l'incident de faux.

Sans doute, lorsque la partie est présente, lorsqu'elle agit par elle-même dans l'instance, c'est à elle à formaliser la déclaration ou à la faire formaliser par un mandataire spécial, parce qu'alors c'est elle-même qui produit la pièce arguée de faux, et qui veut s'en prévaloir.

Il en serait encore ainsi dans le cas où le mandataire produirait un acte, ou telle autre pièce en vertu de laquelle il réclamerait pour le mandant l'exécution d'une obligation quelconque; mais lorsque le pouvoir en vertu duquel le mandataire agit est argué de faux, c'est alors véritablement le mandataire qui devient partie principale, et c'est à lui seulement qu'il appartient de soutenir la validité du mandat qui lui a été donné. En effet, ou la procuration est réellement souscrite par le commettant, ou elle ne l'est pas.

Dans la première hypothèse, le mandataire agit en vertu d'un pouvoir légal, et sa conduite est à l'abri de tout reproche.

Dans la seconde, il est manifeste que c'est contre lui que se dirige l'action en inscription de faux, puisque c'est lui seul qui peut être soupçonné d'avoir commis le faux, et condamné à des dommages-intérêts envers les parties contre lesquelles il aurait agi d'après un tel acte.

On peut objecter, il est vrai, qu'en rendant ainsi le mandataire partie principale, on enlève à la partie adverse un des moyens indiqués par la loi pour prouver le faux, c'est-à-dire le corps d'écriture; mais il est facile de répondre à cette objection, 1° qu'un corps d'écriture n'est ordonné qu'à défaut ou insuffisance des pièces de comparaison; 2° que ce moyen n'est pas essentiel, puisque autrement il faudrait dire qu'on ne pourrait prendre la voie d'inscription en faux incident civil qu'autant que la personne qui aurait écrit ou signé l'acte argué serait encore vivante; ce qui est évidemment insoutenable. C'est, en ce cas, au demandeur en faux qui s'est chargé de la preuve à prévoir les difficultés qu'il peut éprouver, et à ne pas intenter une action qui peut toujours, s'il succombe, avoir contre lui des suites plus ou moins fâcheuses (1).

---

(1) Vainement encore prétendrait-on que, la procuration étant arguée de faux, le mandataire est sans qualité pour défendre à l'inscription, puisqu'il ne peut y avoir de mandataire sans mandat, et que, le pouvoir étant contesté, le mandat, par ce seul fait, doit cesser, ou tout au moins être suspendu.

Indépendamment de ces raisons, par lesquelles nous croyons prouver que, dans l'espèce, le mandataire est vraiment partie principale, il suffit de réfléchir un moment pour apercevoir l'inconvénient grave qui résulterait du système contraire. Il faudrait dire qu'un mandataire pourrait, à tout instant, être arrêté dans ses opérations, si, chaque fois que l'on contesterait la validité de son mandat, il était obligé d'en demander un nouveau pour le confirmer dans sa qualité. Rien n'empêcherait alors d'attaquer ce nouveau mandat, qui ne prouverait pas davantage que le premier, et une simple menace de s'inscrire en faux contre une procuration suffirait ainsi pour paralyser en quelque sorte les pouvoirs donnés à un mandataire; il s'ensuivrait qu'un plaideur de mauvaise foi trouverait, dans la plus vague des imputations, un moyen d'arrêter ou de suspendre à son gré le cours de la justice, et de faire tourner au préjudice du mandant les sages précautions que le législateur a prises, pour conserver les droits de celui que la distance des lieux ou d'autres obstacles empê-

[[Les raisons données par M. Carré à l'appui de sa solution sont spécieuses, et l'on serait tenté de l'adopter, si on ne trouvait, dans la solution contraire, un moyen de rendre la question inutile et sans intérêt, en prévenant toute procédure d'inscription de faux.

Qu'arrivera-t-il en effet, si, au lieu de demander au porteur du pouvoir la déclaration de l'art. 216, on s'adresse directement à celui auquel est attribué le pouvoir qu'on argue de faux?

Ou celui-ci répondra en déclarant que ce pouvoir est réellement émané de lui, et alors quelle nécessité d'en prouver la fausseté? cette déclaration ne serait-elle pas au besoin une ratification? ou bien il répondra qu'il n'a pas donné de pouvoir, et l'instance formée par le prétendu mandataire sera éteinte par cela même, sans qu'il soit besoin de faire déclarer le faux; car la réponse du prétendu mandant sera au moins une révocation du mandat, en supposant qu'il fût vrai, et un désistement réel de l'instance. On fera condamner aux dépens celui qui se disait mandataire.

Cette voie est donc la plus simple, la plus directe, et partant la plus régulière.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 55.

[[**879** bis. *Le cessionnaire des droits résultant d'un acte peut-il déclarer lui-même qu'il entend se servir de cet acte si son adversaire l'a argué de faux et a sommé le cédant de faire cette déclaration?*

Oui; ainsi l'a jugé la Cour de cassation le 8 mars 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 541).

Le point jugé par cet arrêt n'offre pas de difficulté; la déclaration à faire par le défendeur consistant à dire qu'il a l'intention de se servir de la pièce arguée, peu importe qu'il soit cessionnaire du propriétaire primitif de cette pièce, ou bien qu'elle ait été directement souscrite en sa faveur. Le système contraire aurait pour résultat de refuser ce droit au porteur des effets de commerce qui, le plus souvent, en sont possesseurs à la suite d'une grande quantité d'endos. Le tireur seul aurait le droit de faire la déclaration prescrite par l'art. 216 du Cod. de proc. civile. Toutefois il pouvait y avoir doute dans la cause soumise à la Cour suprême, parce que la sommation de faire cette déclaration avait été signifiée au propriétaire primitif de l'obligation, qui n'avait cédé son titre que depuis cette signification. Le demandeur en faux soutenait que c'était au cédant à répondre à la sommation, et non au cessionnaire à qui elle n'avait pas été adressée; mais on répliquait, avec raison, que, le cessionnaire étant aux droits de son cédant, il avait intérêt et droit, comme celui-ci, à répondre qu'il voulait se servir de la pièce arguée de faux.]]

880. *La déclaration d'entendre en* TEL SENS *une énonciation insérée dans la pièce, mais sans ajouter que l'on veut se servir de cette pièce, suffit-elle pour remplir le vœu de l'art.* 216?

Cette question s'est présentée devant la Cour royale de Rennes dans l'espèce suivante:

Un débiteur prétendait avoir été saisi et arrêté dans une maison sans assistance du juge de paix; il poursuivait par ce motif la nullité de son emprison-

---

chent de veiller par lui-même à ses propres intérêts.

[Cette dernière raison ne serait pas du moins applicable au mandat donné par acte authentique, puisque l'art. 1319 du C. civ. dispose qu'un incident en faux ne suspendra l'exécution d'un acte authentique qu'autant que le tribunal jugera convenable d'ordonner cette suspension. Mais voyez d'ailleurs nos observations sur la *Question*]

nement contre l'huissier et le créancier. On lui oppose le procès-verbal de capture, portant que l'huissier s'était transporté *rue de.....près de telle maison,* où il avait rencontré le débiteur et l'avait arrêté. Ce dernier somme les défendeurs de déclarer s'ils entendaient se servir du procès-verbal, en ce sens qu'il porterait que l'huissier ne serait pas entré dans la maison, et n'y aurait pas rencontré le débiteur, et l'huissier répond qu'il entendait le procès-verbal dans le sens et l'interprétation que lui avaient attribuée les premiers juges en déclarant la capture légale; le créancier, au contraire, déclare vouloir se servir du procès-verbal, tel qu'il était.

On prétendait que les deux défendeurs devaient s'expliquer sur le sens qu'ils entendaient attribuer aux expressions que le débiteur maintenait énoncer un faux, et on concluait au rejet de la pièce. La Cour, par arrêt du 17 avril 1818, 1re chambre (*J. Av.*, t. 14, p. 394), a jugé que les deux déclarations fournies par le défendeur suffisaient pour remplir le vœu de l'art. 216, et, en conséquence, qu'il n'y avait pas lieu de rejeter la pièce du procès, sauf au demandeur à formaliser l'inscription de faux incident, s'il croyait l'avoir à faire.

[[Ce n'est pas là une question que l'on puisse juger en thèse. La solution dépend évidemment des circonstances du fait. *V.* aussi *suprà* la *Quest.* 875.]]

ART. 217. Si le défendeur à cette sommation ne fait cette déclaration, ou s'il déclare qu'il ne veut pas se servir de la pièce, le demandeur pourra se pourvoir à l'audience sur un simple acte, pour faire ordonner que la pièce maintenue fausse sera rejetée par rapport au défendeur; sauf au demandeur à en tirer telles inductions ou conséquences qu'il jugera à propos, ou à former *telles demandes* qu'il avisera, pour *ses dommages et intérêts* (1).

[Notre Comm. du tarif, t. 1, p 268 et 269, nos 5 à 7.] — Ord de 1737, tit. 2, art. 12 et 13. — C. de proc., art. 220, 224, 230, 251. — C. d'inst. crim., art. 459. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Faux incident*, nos 85, 117, 118, 168. — Arm. Dalloz, *eod.*, nos 133 à 136. — Devilleneuve, *eod.*, no 65. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsqu'un des époux attaque l'acte de mariage par voie de faux incident civil, si le défendeur garde le silence, l'acte doit-il être rejeté comme faux? *Q.* 880 *bis.* — Le ministère public doit-il être entendu avant le jugement qui prononcera le rejet de la pièce? *Q.* 881. — Si l'affaire est en état, la partie peut-elle tout à la fois sommer d'audience pour faire rejeter la pièce, et pour obtenir que ses conclusions au fond lui soient adjugées? *Q.* 882.]

CLXXV. On voit que, dans l'espèce de l'art. 217, le silence du défendeur est pris pour une déclaration qu'il n'entend faire usage de la pièce (*Rapport au corps lég.*), et par conséquent la pièce est rejetée par rapport à lui, afin qu'il n'en puisse retirer aucun avantage pour sa cause, tandis que le demandeur en faux peut, au contraire, y puiser tous les moyens qui lui conviennent. En effet, s'il est de principe que l'on n'est point tenu de fournir un titre contre soi-même, on ne peut non plus contester la sincérité et les conséquences nécessaires de celui qu'on a librement produit. [[Le simple acte destiné à se pourvoir doit être libellé. *V.* notre *Comment. du Tarif*, t. 1, p. 269.]]

[[880 bis. *Lorsqu'un des époux attaque l'acte de mariage, par la voie du faux incident civil, si le défendeur garde le silence, l'acte doit-il être rejeté comme faux ?*

Nous n'eussions point posé cette question, sur laquelle nous ne concevons

---

(1) Par exemple, si la production de la pièce a nui à son crédit, à sa réputation, ou a retardé le jugement. [M. BONCENNE, t. 4, p 73, donne aussi ces indications.]

même pas le doute, si, le 3 juillet 1826, une des Cours royales n'avait consacré l'affirmative (*J. Av.*, t. 32, p. 225) : empressons-nous d'ajouter que cette jurisprudence immorale, que la Cour de Toulouse avait repoussée, le 7 mai 1827 (TAJAN, t. 15, p. 36), a été répudiée par deux arrêts de la Cour de Riom, de cette Cour même qui n'avait pas craint, une première fois, de porter une atteinte si grave à la sainteté du mariage. (Arrêts des 16 juin 1828 et 2 février 1829; *J. Av.*, t. 35, p. 261, et TAJAN, t. 24, p. 295.) L'art. 217 pose en principe que, lorsque le défendeur s'abstient de répondre à la sommation qui lui est faite, le demandeur peut tirer avantage de ce silence, qui doit être regardé, par la justice, comme un tacite aveu de la fausseté de la pièce attaquée ; mais, appliqué à une contestation sur la validité d'un acte de mariage, ce principe aurait les plus funestes comme les plus scandaleuses conséquences. Ne serait-il pas à craindre qu'il favorisât la collusion de deux époux fatigués de la vie commune, et qui préféreraient un divorce si facile à l'accomplissement des devoirs par eux contractés envers la société ? Dans une pareille cause, il n'y a pas seulement deux parties contendantes, il y a l'intérêt social qui ne veut pas être trahi. Cet intérêt a été confié à l'honneur des magistrats, il ne leur suffira donc pas du consentement, vrai ou apparent, que l'un des époux pourrait donner aux attaques de l'autre ; ils devront, avant de prononcer, s'éclairer par les moyens d'instruction que la loi met entre leurs mains, comme l'a fait la Cour de Riom en 1828. Qu'en règle générale le défaillant soit condamné puisqu'il néglige volontairement de se défendre ; mais l'ordre social ne fait jamais défaut, sa voix parle toujours, qu'on ne le condamne donc pas sans l'entendre.

Dira-t-on que c'est là une dérogation arbitraire aux dispositions de l'article 217, lesquelles n'admettent aucune exception ? Mais n'est-il point des dérogations commandées par la morale, par le bon ordre, par l'esprit général du législateur, dont l'intention a toujours été d'harmoniser toutes ses prescriptions dans un but unique et constant d'amélioration sociale ?

La jurisprudence et la doctrine se réunissent pour fournir une analogie frappante dans l'intérêt de notre système. L'art. 252, au titre des *Enquêtes*, dispose que, lorsque les faits articulés par le demandeur n'auront pas été déniés dans les trois jours, ils pourront être tenus pour reconnus, et cependant, en matière de séparation de corps, tous les auteurs enseignent qu'un pareil aveu de la part de l'époux défendeur ne suffit pas pour que les faits soient regardés comme véritables, et que les juges ne peuvent se dispenser de procéder à l'enquête, à moins qu'ils n'aient déjà des motifs suffisants de conviction. D'ailleurs, la pratique de tous les tribunaux est conforme à cette doctrine, et cette précaution, qu'on a cru nécessaire de prendre contre la mauvaise foi des époux, lorsqu'il ne s'agit que de relâcher momentanément le lien conjugal, ne serait pas utile, ne serait pas permise quand on en demande la nullité ? On est forcé de reconnaître en doctrine que les juges doivent suppléer certaines exceptions et les accueillir d'office ; le devoir du juge et sa puissance se révèlent avec énergie, lorsque sa sentence doit avoir pour effet la dissolution d'un mariage.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 57

Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 59.

881. *Le ministère public doit-il être entendu avant le jugement qui prononcera le rejet de la pièce ?*

Il doit être entendu avant tout jugement à rendre dans le cours de l'incident de faux. (*V.* art. 249 et 251 ; le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 19; et PICEAU, t. 1, p. 325.) [[L'art. 251 est formel.]]

882. *Si l'affaire est en état, la partie peut-elle tout à la fois sommer d'audience pour faire rejeter la pièce, et pour obtenir que ses conclusions au fond lui soient adjugées.?*

Oui, sans doute; car, la pièce étant rejetée, il n'existe aucun motif qui puisse arrêter le jugement à rendre sur le fond. (PIGEAU, t. 1, p. 323 et 324.)

[[Un arrêt de la Cour de cassation, du 13 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 14, p. 347), a décidé que cette Cour peut, par le même arrêt, rejeter la requête à fin de permission de s'inscrire en faux et statuer au fond sur le pourvoi. Suivant M. PIGEAU, *Pr. civ.*, part. 2, tit. 3, ch. 1er, art. 3, nº 2, dont nous approuvons la doctrine, les tribunaux ordinaires peuvent aussi, en rejetant l'inscription, statuer sur le fond de l'affaire, s'il est en état; mais, si le fond n'est pas en état, et qu'il n'ait pas pu être décidé par le même jugement qui a rejeté l'inscription de faux, il n'y peut plus être statué par les premiers juges avant que le faux ait été jugé sur l'appel. Il est bien entendu que cela n'a lieu de la sorte qu'autant que le jugement sur le faux ne doit pas être considéré comme rendu en dernier ressort.

Mais c'est une question assez délicate que de savoir précisément ce qui détermine, en pareil cas, le dernier ressort. *V.* sur ce point, MM. PIGEAU, *Pr. civ.*, art. 4, nº 1, du même chap.; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 36, not. 4, et un arrêt de la Cour de Caen, du 14 déc. 1821. (*J. Av.*, t. 23, p. 381.) Ces auteurs et cet arrêt enseignent que le dernier ressort est déterminé, pour l'incident en faux, par le taux de la demande principale, et, ajoute M. Pigeau, par le montant de l'acte argué.]]

ART. 218. Si le défendeur déclare qu'il veut se servir de la pièce, le demandeur déclarera, par acte au greffe, signé de lui ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique, qu'il entend s'inscrire en faux, il poursuivra l'audience sur un simple acte, à l'effet de faire admettre l'inscription, et de faire nommer le commissaire devant lequel elle sera poursuivie.

Tarif, 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 269, nºs 8 à 12.] — Ord de 1737, tit. 2, art. 14, *infrà* art. 246, 247, 248, 427. — Cod. d'inst. crim., art. 459 — [Notre Dictionn. gen. de proc., vº *Faux incident*, nºs 10, 11, 15, 23, 24, 32, 35, 36, 48, 49, 52 à 54 80 à 84, 86, 89, 113, 114, 121 à 123, 128.— Devilleneuve, *eod.*, nº 52 —Arm. Dalloz *eod.*, nºs 137 à 153.—Locré, t. 21, p. 607, nºs 15 et 16.—QUEST. TRAITÉES : Une partie qui, conformément à l'art. 218, a déclaré s'inscrire en faux contre un acte privé, peut-elle se désister de cette déclaration pour en revenir à l'exécution pure et simple de l'art. 1323 du Cod. civ., et se borner, en conséquence, à déclarer ne pas reconnaître ou dénier l'écriture ou la signature de l'acte contre lequel elle avait entendu s'inscrire en faux? *Q.* 883. — Est-il un délai dans lequel le demandeur doive faire au greffe la déclaration d'entendre s'inscrire en faux? *Q.* 884. — L'avoué du demandeur peut-il être lui-même le fondé de pouvoir spécial de ce dernier, à l'effet de passer la déclaration d'inscription? *Q.* 885.— Si la partie ou le procureur fondé dont elle aurait fait choix ne savait signer, le juge et le greffier pourraient-ils recevoir la déclaration du demandeur? *Q* 886. — La procuration doit-elle être annexée à l'original de l'acte d'inscription? *Q.* 887 —Quel serait l'effet de l'omission des formalités prescrites pour l'acte d'inscription par l'art. 218? *Q.* 888.—Si plusieurs demandeurs comparaissent tous ensemble au greffe, pour former dans le même procès une inscription de faux contre une ou plusieurs pièces, le greffier devra-t-il dresser autant de procès-verbaux qu'il y aurait d'inscriptions particulières? *Q.* 889. — Le juge peut-il refuser d'admettre l'inscription? *Q.* 890 (1).]

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1º Si l'appelant a sommé les intimés de déclarer s'ils entendent se servir des pièces qu'il argue, et que, d'après leur réponse affirmative, il n'ait point fait la déclaration prescrite par l'art. 218 du Code de procédure, il est réputé avoir abandonné l'instance en faux incident. (Rennes, 9 août 1809; *J. Av.*, t. 14, p. 362.)

2º Lorsqu'on articule qu'une transaction

CLXXVI. Aussitôt que le défendeur a déclaré vouloir se servir de la pièce arguée de faux, le demandeur peut se retirer au greffe pour y passer la déclaration que l'on nomme *inscription de faux*, et qui n'est autre chose qu'un acte ou procès-verbal portant déclaration que le demandeur entend s'inscrire, ou s'inscrit en faux contre telle pièce que la partie adverse a produite, et dont elle a judiciairement déclaré vouloir se servir.

Cet acte est dressé par le greffier, sur la comparution en personne du demandeur ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique. L'un et l'autre, après avoir fait dresser le procès-verbal sous l'assistance de l'avoué (*Tarif*, art. 92), le signe avec ce dernier et le greffier.

L'inscription étant ainsi formalisée, il reste à la faire admettre par le tribunal, et, à cet effet, l'avoué du demandeur poursuit l'audience, où le débat s'engage sur la question de savoir s'il échet d'admettre l'inscription de faux; le ministère public est entendu dans ses conclusions, et le tribunal prononce. S'il rejette l'inscription, la procédure sur l'action principale reprend

---

est intervenue sur des pièces fausses, on ne peut faire résulter de cette transaction une fin de non-recevoir contre l'inscription déclarée au greffe par la partie qui veut prouver la fausseté des pièces. (Colmar, 30 juill. 1813; *J. Av.*, t. 14, p. 379.)

3° Lorsque l'inscription en faux a été contradictoirement admise, le défendeur n'est plus recevable à contester l'authenticité du pouvoir spécial. (Bruxelles, 9 déc. 1816; *J.* de cette Cour, t. 2 de 1816, p. 228.)

4° Est admissible l'inscription de faux contre la date d'un testament olographe, lorsque celui au profit de qui il est fait soutient contre les héritiers légitimes du testateur que l'acte fait foi de sa date. (Toul., 11 juin 1830; *J. Av.*, t. 40, p. 367.)

5° On peut s'inscrire incidemment en faux contre un testament olographe pour prouver qu'il a été antidaté par le testateur lui-même. (*Cass.*, 16 déc. 1829, t. 38, p. 141.) Mais cette voie n'est pas forcée; on pourrait en employer une moins rigoureuse.

6° L'inscription de faux est admissible contre un livre de caisse produit devant des arbitres chargés de liquider une société. (Montp., 16 juill. 1830; *J. Av.*, t. 40, p. 258.)

7° Le défendeur qui veut s'inscrire en faux contre un procès-verbal de douanes, et qui se laisse condamner par défaut, est recevable à former cette inscription à la première audience indiquée pour le jugement de l'opposition qu'il a formée à la condamnation par défaut contre lui. (*Cass.*, 23 août 1830; *J. av.*, t. 40, p. 76.)

8° Celui qui a accepté une lettre de change n'est pas recevable à s'inscrire incidemment en faux contre ladite lettre de change, par le motif que le tireur est un être imaginaire et supposé. (Paris, 29 août 1825; *J.* de cette Cour, t. 1, p. 552.)

9° Celui qui a déféré le serment sur la réalité d'un contrat, ne peut plus, après le serment prêté, s'inscrire en faux contre le contrat. (Colmar, 25 av. 1827; *S.*, 28, 2, 176.)

10° La demande en inscription de faux contre une obligation ne doit pas être rejetée, par cela seul que le porteur de cette obligation prouverait que le signataire doit réellement la somme qu'elle porte. (Bordeaux, 22 juin 1831; *J. Av.*, t. 41, p. 668.)

11° On ne peut repousser une demande en inscription de faux contre un testament en alléguant qu'un précédent testament attribue aux défendeurs la totalité de l'hérédité. (Nîmes, 27 mai 1829; *J. de cette Cour*, t. 2, p. 43.)

12° Lorsqu'un héritier ou légataire institué oppose aux successibles deux testaments portant la même date et d'un même contenu, l'un olographe, l'autre par acte public, tous deux argués de nullité; le premier par dénégation d'écriture et de signature, le second par inscription de faux incident; ce deuxième moyen n'est pas admissible, tant qu'il n'a pas été prononcé sur le sort de la vérification par comparaison d'écritures ou autrement, à l'égard du testament olographe. (Bruxelles, 26 janv. 1820; *J.* de cette Cour, t. 1 de 1820, p. 238.)

13° Des fins de non-recevoir contre une inscription de faux ne peuvent plus être reproduites après un arrêt qui a admis l'inscription de faux sans s'expliquer sur les fins de non-recevoir proposées. (Bourges, 13 août 1821; *J. av.*, t. 14, p. 403.)

14° Lorsqu'une demande en inscription de faux contre un acte authentique a été rejetée, on peut attaquer le même acte de nullité pour vices de forme. (*Cass.*, 6 juin 1826; *J. av.*, t. 33, p. 37.)]

son cours, s'il l'admet, le tribunal nomme par le même jugement le commissaire devant lequel l'instruction sur l'incident de faux sera poursuivie.

883. *Une partie qui, conformément à l'art.* 218, *a déclaré s'inscrire en faux contre un acte privé, peut-elle se désister de cette déclaration, pour en revenir à l'exécution pure et simple de l'art.* 1323 *du Code civil, et se borner, en conséquence, à déclarer ne pas reconnaître ou dénier l'écriture ou la signature de l'acte contre lequel elle avait entendu s'inscrire en faux ?*

Nous pensons que la déclaration d'entendre s'inscrire en faux n'est qu'un acte de procédure dont la partie à requête de laquelle il a été notifié peut se désister, quand il lui plaît, tant que les choses sont entières, et qu'il n'est pas intervenu de jugement qui influe sur les droits des parties.

Le désistement des actes isolés de procédure a lieu tous les jours sans la moindre difficulté. (*V. infrà* sur l'art. 402.)

On ne pourrait, suivant nous, assigner aucune raison pour prouver qu'il soit interdit relativement à une déclaration d'inscription de faux.

D'un côté, il n'est intervenu, sur l'acte qui la contient, aucun contrat judiciaire entre les parties : cet acte continue donc d'appartenir à celle qui l'a notifié, et, par conséquent, elle peut renoncer aux effets qu'il pourrait produire, en s'en désistant, soit expressément, soit tacitement, si elle se dispense de poursuivre l'audience pour faire admettre l'inscription conformément à l'art. 218.

D'un autre côté, le défendeur à l'inscription, loin d'avoir des raisons de contester la validité du désistement, se trouve placé dans une position plus favorable. Ici, par analogie, il y aurait lieu à l'application de la maxime posée dans l'art. 2 du tit. 18 de l'ordonnance de 1670, et consacrée par une jurisprudence constante : *On peut toujours revenir à la voie la plus douce, après avoir pris la voie la plus rigoureuse.*

Enfin, une preuve, que nous croyons sans réplique, de cette faculté qu'a toujours une partie de se désister d'une déclaration de s'inscrire en faux, résulte de l'art. 247, qui n'assujettit à l'amende le poursuivant qui se désisterait qu'autant que l'inscription ayant été faite au greffe, *la demande à fin de s'inscrire aurait été admise.*

A plus forte raison, le désistement de la simple déclaration, non suivie de la demande à fin d'inscription, est-il autorisé (1).

L'acte de désistement doit, en ce cas, contenir la déclaration de ne pas reconnaître ou de dénier l'écriture ou la signature. Il se signifie d'avoué à avoué ; mais nous croyons prudent de donner à cet effet un pouvoir spécial.

CC Dire que le défendeur se trouvera dans une position plus favorable quand on aura abandonné la voie d'inscription de faux qu'on avait prise contre lui, pour s'en tenir à la simple méconnaissance, ne nous paraît pas exact de tout point. Si, d'un côté, il est vrai que la procédure en vérification d'écriture est une voie plus douce que celle de l'inscription de faux, il faut remarquer aussi que, dans ce dernier mode d'attaque, c'est au demandeur à tout prouver, tandis que, dans l'autre, il rejette toute la preuve sur le défendeur, souvent hors d'état de l'établir par des moyens légaux.

La conclusion générale de M. Carré est exacte, à notre avis, parce qu'il a

---

(1) Quant à la question de savoir s'il y a lieu à dommages-intérêts, voyez *infrà* sur l'art. 247.

employé d'autres raisonnements qui sont justes et applicables ; mais celui que nous venons d'examiner nous paraît inexact.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 71.

884. *Est-il un délai dans lequel le demandeur doive faire au greffe la déclaration d'entendre s'inscrire en faux ?*

L'art. 218 ne fixe aucun délai. Ainsi, lorsque le demandeur est en retard de faire la déclaration dont il s'agit, le défendeur peut poursuivre l'audience afin de faire prononcer contre lui la déchéance de l'inscription de faux et juger le fond du procès. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 22; *Arg.* de l'art. 15 du tit. 2 de l'ordonn., SERPILLON, p. 181.)

[[En partant de ce principe exact, la Cour de cassation a jugé, le 15 mai 1823 (*J. Av.*, t. 41, p. 596), que, lorsqu'une partie a signifié à sa partie adverse qu'elle a l'intention de s'inscrire en faux contre un acte produit dans l'instance, et que le défendeur à l'incident, avant le délai de huitaine que lui donnait la loi pour répondre, a déclaré qu'il entendait se servir de cet acte, le tribunal peut passer outre au jugement du fond, nonobstant les conclusions du demandeur tendantes à surseoir pendant huitaine. Au reste, l'opinion de M. Carré est partagée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 391.]]

885. *L'avoué du demandeur peut-il être lui-même le fondé de pouvoir spécial de ce dernier, à l'effet de passer la déclaration d'inscription ?*

Rien ne s'y oppose, et, en ce cas, l'avoué comparaît seul au greffe, fait la déclaration et la signe, tant comme avoué que comme fondé de pouvoir

[[Mais cette procuration spéciale est indispensable, et l'avoué ne pourrait faire la déclaration en sa simple qualité d'avoué constitué, quoique la Cour de Toulouse ait jugé le contraire, le 2 mai 1827. (*J. Av.*, t. 33, p. 140.) Le même arrêt décide encore qu'un tuteur autorisé, par un conseil de famille, à poursuivre la nullité, l'est suffisamment, par là même, pour s'inscrire en faux; mais il ne s'ensuivrait pas qu'un mari pût valablement signer l'inscription de faux, tant en son nom qu'en celui de son épouse, parce que sa qualité de mari et de chef de la communauté ne suffit pas pour agir au nom d'une femme, lorsque la loi exige un pouvoir spécial. C'est ainsi que l'a décidé la Cour de Besançon, le 19 mars 1807 (*J. Av.*, t. 14, p. 334). On peut consulter, avec fruit, sur la nécessité du pouvoir spécial, un arrêt de la Cour de cassation, du 11 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 331), qui décide que, pour qu'une plainte en faux principal arrête le jugement d'une contestation, il faut qu'elle soit formée par la partie ou par son mandataire spécial.]]

Supp. alph., V° *Faux incident civil*. n. 61.

886. *Si la partie, ou le procureur fondé dont elle aurait fait choix, ne savait signer, le juge et le greffier pourraient-ils recevoir la déclaration du demandeur?*

L'art. 12 de la loi du 9 floréal an 7 décide l'affirmative relativement à une inscription de faux qui serait formée contre le procès-verbal d'un préposé des douanes; mais on ne pourrait argumenter d'une disposition de lois d'ordre différent pour expliquer des lois d'un autre ordre; il faut donc s'en tenir rigoureusement aux termes de l'art. 218, et décider que l'acte qu'il prescrit doit nécessairement être signé, soit par la partie, soit par son procureur en cas qu'elle soit absente, ou qu'étant présente, elle ne sache ou ne puisse signer. (*V.* même *Comm.*, *ubi suprà*, et la 195e *Quest.*)

[[Le greffier ne peut en effet, comme un notaire, suppléer à la signature de la partie comparante, par sa propre déclaration. La raison en est que les notaires répondent de l'identité des individus qui actent devant eux, et doivent,

s'ils ne les connaissent pas, se faire attester cette identité ; mais, les greffiers n'étant soumis à cette responsabilité par aucune loi, leur attestation ne donnerait pas la même garantie. *V.* notre titre *du désaveu*, et M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1 p. 455, qui exprime la même opinion, ainsi que MM. DALLOZ, t. 8, p. 435, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 391.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 62.

887. *La procuration doit-elle être annexée à l'original de l'acte d'inscription ?*

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du notariat* estiment qu'il n'est nécessaire d'annexer la procuration qu'autant qu'elle aurait été donnée en brevet, parce que c'est le moyen de prévenir un désaveu de la part du constituant. Serpillon, sur l'art. 15 de l'ordonnance, et DUPARC-POULLAIN, t. 12, p. 679, disaient qu'elle devait être jointe à l'inscription. Dans tous les cas, nous pensons qu'il dépend du greffier d'exiger, pour sa sûreté, qu'elle le soit, eût-elle été rapportée en minute; mais que l'on ne pourrait fonder la nullité de l'inscription sur ce qu'il aurait négligé cette précaution.

[[Nous approuvons cette solution, avec MM. DALLOZ, t. 8, p. 435, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 391.]]

888. *Quel serait l'effet de l'omission des formalités prescrites pour l'acte d'inscription par l'art. 218 ?*

Ce serait, comme le dit Serpillon sur l'art. 15 du tit. 2 de l'ordonnance de 1737, de donner au défendeur le droit de faire ordonner, nonobstant les poursuites que ferait le demandeur, afin de faire admettre l'inscription, qu'il sera passé outre au jugement du procès. (*V.* 878e *Question*, et *nouv. Répert.*, au mot *Inscription de faux*, t. 6, p. 144.)

En effet, si, d'après l'art. 217, le demandeur peut faire ordonner le rejet de la pièce arguée de faux, lorsque le défendeur ne se met pas en règle, il est juste que l'on considère et qu'on rejette, comme n'ayant été formée que pour arrêter le jugement du fond, une demande qui ne serait pas faite dans les formes exigées par la loi.

[[Cet avis est adopté, avec raison, par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560, DALLOZ, t. 8, p. 435, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 391.]]

889. *Si plusieurs demandeurs comparaissent tous ensemble au greffe, pour former dans le même procès une inscription de faux contre une ou plusieurs pièces, le greffier devrait-il dresser autant de procès-verbaux qu'il y aura d'inscriptions particulières.*

Serpillon, sur l'art. 15, p. 183, répond [[avec raison]] qu'il suffira d'un seul et même procès-verbal.

890. *Le juge peut-il refuser d'admettre l'inscription ?*

La raison de décider cette question pour l'affirmative se trouve déjà exposée au Commentaire de l'art. 214, p. 369. Nous ajouterons ici que cette décision est d'autant mieux fondée que le jugement prescrit par l'art. 218 n'est point une simple formalité ; l'art. 248 le suppose évidemment, puisqu'il porte que l'amende ne sera pas encourue lorsque la demande à fin de s'inscrire en faux n'aura pas été admise. Or, elle ne peut être admise, comme le dit M. Merlin, v° *Inscription*, § 1er, n° 13, contre quelqu'acte que ce soit, que dans le cas où le sort de la contestation principale dépend de la vérité ou de la fausseté de cet acte : et ainsi ni l'une ni l'autre des parties n'est recevable à s'inscrire en faux contre un acte qui, supposé vrai, n'aurait pas plus d'influence sur la

contestation principale que s'il était jugé faux. (*V.* aussi DUPARC-POULLAIN, t. 12, p. 82, not. 61.) (1)

[[Il y a plus; et, encore même que la vérité ou la fausseté de la pièce dût exercer sur le jugement du procès la plus grande influence, les tribunaux peuvent refuser d'admettre l'inscription, par cela seul qu'il leur est démontré que la pièce est sincère; ils ne sont pas obligés, pour la reconnaître telle, de se livrer à aucun des genres d'instruction indiqués par notre titre. Ils peuvent s'en tenir à ce que leurs propres lumières leur apprennent sur cette question. L'inscription de faux, en un mot, ne rend pas la pièce nécessairement suspecte à leurs yeux. Les moyens de s'éclairer que la loi met à leur disposition ne sont que facultatifs, et, s'il résulte des faits de la cause ou de tout autre circonstance, que l'inscription de faux n'est point fondée, ils peuvent et doivent la rejeter immédiatement. *Voy.* MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 456, et DALLOZ, t. 8, p. 419.

Sous la question 868, nous avons cité les nombreux arrêts qui consacrent ce pouvoir facultatif, lorsqu'il est appliqué au rejet de la pièce; en voici d'autres qui l'ont appliqué d'une manière aussi large au rejet de l'inscription: Paris, 12 févr. 1806; Rennes, 3 févr. 1813; *Cass.* 5 avril 1820 (*J. Av.*, t. 14, p. 333); *Cass.*, 8 mai, 25 juillet 1827 (t. 33, p. 369, et t. 35, p. 111); Colmar, 3 févr. 1831 (*J.* de cette Cour, t. 27, p. 55), et Bordeaux, 20 janv. 1831 et 18 déc. 1832 (*J.* de cette Cour, t. 7, p. 35 et 574); et la Cour de cassation a même décidé, le 16 fév. 1830 (DALLOZ, 1830.1.129), que les juges peuvent rejeter la demande en inscription de faux dès l'abord, aussitôt qu'on a déclaré vouloir la former, et avant même que les formalités des art. 215 et suiv. aient été remplies. C'est aussi ce qui résulte virtuellement des deux arrêts de la même Cour, des 8 mai et 25 juillet 1827, et explicitement d'un troisième, rendu le 7 juillet 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 717), et enfin d'un dernier arrêt du 5 avril 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 357).

Nous avons cependant à signaler trois arrêts, dont deux de la Cour de Rennes des 4 mai 1812 et 28 août 1814 (*J. Av.*, t. 14, p. 372 et 385), et le troisième de la Cour de Riom, du 24 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 35, p. 162), qui semblent s'écarter de la jurisprudence à peu près universelle que nous venons d'analyser. Mais, en les examinant de près, on trouve que les décisions qu'ils renferment ne sont pas directement en opposition avec la doctrine qui accorde au juge un pouvoir facultatif pour admettre ou rejeter l'inscription.

Ces arrêts décident en effet qu'il est, dans la procédure en inscription de faux, trois degrés qu'il faut successivement parcourir; que chacun de ces degrés doit être rempli par un jugement spécial et séparé; le premier, qui admet ou rejette l'inscription de faux; le second, qui statue sur les moyens de faux; le troisième, qui juge le faux; et cela est vrai: M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 560, approuve, comme nous, cette doctrine. Mais ils ne disent pas qu'à chacun de ces degrés, le juge ne soit pas libre de prononcer sa sentence comme il le trouve convenable; seulement il ne peut pas cumuler les trois degrés de la procédure, et, par exemple, rejeter l'inscription en s'appuyant sur l'inadmissibilité des moyens de faux; ou bien admettre l'inscription, et déclarer en même temps les moyens de faux non pertinents; en procédant ainsi, il excèderait ses pouvoirs, et jugerait une question qu'il n'a pas été mis à même d'apprécier. Il peut connaître les moyens de faux, par ce qu'il en a entendu dire

(1) C'est pourquoi la Cour de Rennes a également décidé qu'il dépendait du juge de rejeter l'inscription, lorsqu'il reconnaît qu'elle n'a pour objet que d'éloigner le paiement d'une créance légitime, ou que les faits ne sont pas suffisamment prouvés. (5 fév. 1811, *J. Av.*, t. 14, p. 333.)

d'avance; mais, tant qu'ils n'ont pas été légalement formalisés suivant les règles du Code de procédure, il ne peut juger de leur mérite.

On voit donc que c'est une pure question de forme que les trois arrêts ci-dessus ont voulu décider, et nullement la question fondamentale de savoir si les magistrats peuvent rejeter *de plano* l'inscription. Notre solution sur ce dernier point demeure donc intacte. (*Voy.* ce que nous disons d'analogue sous la *Question* 919.)

Nous avons été surpris de ne rien trouver dans M. Boncenne qui pût nous révéler l'opinion de notre savant maître sur cette puissance du juge; au t. 4, p. 77, il dit bien que le juge admet, *s'il y échet*, l'inscription; mais il explique, p. 78 sa pensée, en ajoutant qu'*il n'échet pas* si la pièce arguée est atteinte de quelque vice de forme ou n'est pas indispensable pour le jugement de l'affaire.

Le rejet de l'inscription peut également être prononcé pour l'une des nombreuses fins de non-recevoir dont il est parlé sous les *Questions* 861, 862, 863, 863 *bis*, 864, 869, 884, 885, 886, 887, 888 et 943.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 68.

§ II. — *Procédure depuis l'admission de l'inscription jusqu'au jugement qui ordonne la preuve des moyens de faux.* (Art. 219, 233.)

ART. 219. Le défendeur sera tenu de remettre la pièce arguée de faux au greffe, dans les trois jours de la signification du jugement qui aura admis l'inscription et nommé le commissaire, et de signifier l'acte de mise au greffe dans les trois jours suivants.

Tarif, 70 et 71. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 270, n°s 13 à 15.] — Ord. de 1737, tit. 2, art. 14. — C. de Pr., art. 196 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Faux incident*, n°s 91, 92, 95, 96 et 99. — Devilleneuve, *eod.*, n°s 53 à 55. — Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 163 à 170. — QUESTIONS TRAITÉES : Le délai de trois jours donné par l'art. 219, pour déposer au greffe la pièce arguée, doit-il recevoir l'augmentation à raison des distances? *Q.* 891. — Doit-on considérer comme fatal et péremptoire le délai pour faire la remise de la pièce arguée? *Q* 892 (1).]

CLXXVII. Le jugement qui admet l'inscription de faux est levé et signifié par le demandeur, et, dans les trois jours de cette signification, le défendeur est tenu de faire au greffe la remise de la pièce arguée, ce que le greffier constate par un acte ou procès-verbal dont il doit délivrer de suite une expédition au défendeur. Dans les trois jours suivants, celui-ci doit signifier cet acte à son adversaire, en lui faisant en même temps la sommation prescrite par l'art. 225.

891. *Le délai de trois jours, donné par l'art. 219 pour déposer au greffe la pièce arguée, doit-il recevoir l'augmentation à raison des distances?*

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 26, ne font pas de doute que, si le défendeur est domicilié à une distance de trois myriamètres de la ville où siège le tribunal, il faut augmenter le délai même pour renvoi et retour.

Nous remarquerons en premier lieu que, pour qu'il fût bien certain que l'on dût ajouter au délai de trois jours une augmentation quelconque, à rai-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Si le dépôt prescrit par l'art. 219 n'a pas eu lieu par la faute de l'avoué, il doit être condamné aux frais de l'incident. Paris, 4 août 1809; *S.*, t. 14, 2e partie, p. 417, et *J. Av.*, t. 14, p. 360, art. 1030, C. p. c.

2° La date de l'apport au greffe peut être constatée par le reçu d'un commis du greffe, le greffier n'étant pas présent. Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1818, p. 310).]

son de la distance du domicile du défendeur, il faudrait que la loi exigeât que la partie elle-même fût présente à l'acte de remise, ainsi qu'elle a voulu qu'elle signât elle-même, ou qu'un procurateur signât pour elle les déclarations prescrites aux art. 216 et 218. Or, il est douteux que le législateur ait voulu que la partie fût présente à l'acte de remise. Aussi peut-on remarquer que, si M. PIGEAU, t. 1, p. 336, donne une formule qui suppose que la partie, assistée de son avoué, effectue cette remise, M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 171, en donne une autre, dans laquelle il ne mentionne que la comparution de l'avoué.

En second lieu, nous ferons observer que rien ne démontre la nécessité de la présence de la partie à l'acte dont il s'agit; l'avoué a nécessairement la pièce arguée entre les mains: pourquoi ne la déposerait-il pas lui-même? L'art. 91 du tarif nous paraît d'ailleurs favoriser cette opinion puisqu'il accorde un droit de vacation à l'avoué, non pour *assister* à l'acte de remise de la pièce, mais pour la *déposer*. Nous pensons, par ces motifs, qu'il n'y a lieu à aucune augmentation de délai. (*V. suprà* sur l'art. 216.)

[[L'opinion de M. Carré est partagée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 392; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 456, et DALLOZ, t. 8, p. 435. Nous avons dit aussi, dans notre *Commentaire du tarif*, t. 1, p. 270, que l'avoué du défendeur peut remettre au greffe la pièce arguée de faux sans l'assistance de sa partie; d'ailleurs, puisque cette pièce a été, soit signifiée, soit communiquée, soit produite, elle doit être entre les mains de l'avoué. C'est aussi ce que pense M. BONCENNE, t. 4, p. 80, sans se prononcer cependant sur la question de délai. Cette question, du reste, offre peu d'intérêt par suite de notre solution sur la *Question* 892. Car si l'avoué peut prouver au tribunal qu'il n'a pas la pièce, il obtiendra facilement une prorogation de délai.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 92.

892. *Doit-on considérer comme fatal et péremptoire le délai donné pour faire la remise de la pièce arguée?*

L'affirmative de cette question avait prévalu sous l'empire de l'ordonnance de 1737. (*V. Nouv. Rép.*, au mot *Inscription de faux*, t. 6, p. 141, et surtout les *Quest. de droit* de M. Merlin, au même mot, t. 3, p. 146.)

Cependant Serpillon, sur l'art. 15 du tit. 2 de cette ordonnance, disait que, la peine de nullité ne se trouvant pas dans cet article, rien n'empêcherait les juges d'accorder, suivant l'exigence des cas, de nouveaux délais qui devaient être brefs, afin de se conformer à l'intention du législateur.

Depuis la mise en activité du Code, la question a été décidée pour l'affirmative, suivant l'ancienne jurisprudence, par la Cour de Besançon (*V.* arrêt du 18 juillet 1811, *S.*, t. 14, 2e part., p. 320), et, pour la négative, par la Cour de Paris (*V.* arrêt du 4 août 1809, *S.*, t. 14, p. 417). Ces deux arrêts sont rapportés au *J. Av.*, t. 14, p. 360.

Nous tenons au principe que les nullités et les déchéances ne peuvent être suppléées. Or l'art. 219 ne prononçant point de déchéance ne nous semble pas avoir exprimé, même d'une manière implicite, que le délai qu'il fixe soit péremptoire. Nous appliquons, en conséquence, à la présente question, la solution que nous avons donnée sur la 873e, et que nous avons appuyée sur les motifs mêmes qui ont dicté l'arrêt de la Cour de Paris (1).

---

(1) Nous ne devons pas néanmoins laisser ignorer que M. Coffinières professe une doctrine contraire. « Il faut convenir, dit-il, que, « dans l'art. 219, le législateur exige formellement le dépôt de la pièce arguée de « faux dans le délai de trois jours; qu'une « telle disposition ne doit pas être impunément enfreinte, et que la peine de cette « infraction ne peut être que le rejet de la « pièce arguée de faux... » (*J. Av.*, t. 14, p. 361.)

[[La doctrine de M. Carré est pleinement adoptée par MM. DALLOZ, t. 8, p. 435, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 561. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 393, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 457, réservent, avec raison, aux juges le droit de prononcer ou de refuser la déchéance, encore même que la pièce n'eût été déposée qu'après que le demandeur se serait pourvu à l'audience. C'est ce que décide formellement l'arrêt de la Cour de Rouen déjà cité sous la *Quest.* 873, du 5 décembre 1829 (*J. Av.*, t. 40, p. 95.)]]

ART. 220. Faute par le défendeur de satisfaire, dans ledit délai, à ce qui est prescrit par l'article précédent, le demandeur pourra se pourvoir à l'audience pour faire statuer sur le rejet de ladite pièce, suivant ce qui est porté en l'art. 217 ci-dessus, si mieux il n'aime demander qu'il lui soit permis de faire remettre ladite pièce au greffe à ses frais, dont il sera remboursé par le défendeur, comme de frais *préjudiciaux* (1) : à l'effet de quoi il lui en sera délivré exécutoire.

Tarif, 91. — [Notre Comm. du tarif, t. 1, p. 270, n°s 16 à 18.] — Ord. de 1737, tit 2, art. 14, 2e part. — C. de proc., art. 217, 1033. — [Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n°s 171 et 172. — Locré, t. 21, p. 608, n° 17. — QUEST. TRAITÉES : Quel intérêt le demandeur peut-il avoir à se charger de faire remettre la pièce, au lieu d'en poursuivre le rejet ? *Q.* 893. — En quelle circonstance est-il possible que le demandeur use de la faculté de faire remettre la pièce? *Q.* 894]

CLXXVIII. Le refus que ferait le défendeur d'opérer le dépôt ordonné par l'article précédent ne saurait le remettre dans la position où il était avant sa déclaration d'entendre se servir de la pièce, en sorte qu'elle conservât entre ses mains sa dangereuse existence, et qu'il pût se ménager le moyen de la faire valoir lorsque les preuves seraient déposées : la loi, en ce cas, a donc sagement accordé au demandeur le droit d'agir suivant son intérêt; et, d'après l'art. 220, il pourra ou faire prononcer le rejet de la pièce, ou être autorisé à en faire le dépôt aux frais du défendeur. (*V. Rapp. au corps législ.*) (2)

893. *Quel intérêt le demandeur peut-il avoir à se charger de faire remettre la pièce, au lieu d'en poursuivre le rejet ?*

Au premier aperçu, il semblerait que le demandeur n'a aucun intérêt à demander, comme l'art. 220 lui en donne le droit, qu'il lui soit permis de faire remettre la pièce à ses frais; il semble qu'il lui serait plus profitable d'en poursuivre le rejet.

Mais si l'on considère que le rejet de la pièce n'a d'autre effet, d'après

---

(1) *Frais préjudiciaux.* On qualifie de la sorte les frais faits sur des incidents, sur des préparatoires ou sur des interlocutoires, qui doivent être *jugés avant* d'en venir à la contestation principale.

[On appelle *frais préjudiciaux*, ou de *contumace*, ceux qu'il faut mettre dehors pour l'accomplissement d'une mesure préparatoire, que l'inerte morosité du plaideur chargé d'y pourvoir laisserait longtemps en souffrance. (BONCENNE, t. 4, p. 83.)]

(2) Le demandeur a-t-il pris le premier parti, et la pièce est-elle rejetée? C'est toujours, comme nous l'avons déjà dit, sans nuire au droit qu'il a d'en tirer telles inductions ou conséquences qu'il jugera convenables. A-t-il, au contraire, préféré d'effectuer lui-même la remise au greffe de la pièce arguée? il sera tenu d'avancer les frais de l'apport et du dépôt; mais il pourra, sans attendre l'issue de la contestation, poursuivre la liquidation de ces mêmes frais, et s'en faire délivrer exécutoire, pour en être remboursé comme de frais préjudiciaux ou de contumace.

l'art. 217, que d'empêcher le défendeur de se servir de cette pièce au procès, qu'il conserve ainsi le droit de s'en servir dans un autre, on sent que le demandeur peut être intéressé à poursuivre l'inscription de faux, par le motif que, la pièce étant une fois déclarée fausse par suite de cette inscription incidente, la décision rendue à ce sujet mettrait le défendeur hors d'état de la reproduire en tout autre contestation, et devant quelque tribunal que ce fût (*V.* DUPARC-POULLAIN, t. 12, p. 688, n° 66.)

Il est encore un autre motif d'intérêt pour le demandeur, lorsqu'il estime pouvoir tirer de la déclaration donnée par le juge que la pièce est fausse, des inductions favorables pour le jugement du fond. (*V.* Serpillon, sur l'art. 16, tit. 2 de l'ordonn., p. 198.)

[[Cette observation est juste : on la retrouve dans MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 393; et BONCENNE, t. 4, p. 82.]]

894. *En quelle circonstance est-il possible que le demandeur use de la faculté de faire remettre la pièce ?*

Ce n'est évidemment que dans le cas où l'inscription de faux a pour objet un acte dont il existe des doubles, ou qui a été reçu en minute, et qui se trouve dans un dépôt public ou entre les mains d'un tiers. (*V.* Serpillon, d'après Durousseau, *ubi suprà;* Comme inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2. p. 29; Demiau-Crouzilhac, p. 172.)

Dans ces cas, les dépositaires sont contraints de remettre la pièce ainsi qu'il est dit en l'art. 221.

[[C'est ce qu'enseignent avec raison MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 394; et BONCENNE, t. 4, p. 81.]]

ART. 221. En cas qu'il y ait minute de la pièce arguée de faux, il sera ordonné, s'il y a lieu, par le juge-commissaire, sur la requête du demandeur, que le défendeur sera tenu, dans le temps qui lui sera prescrit, de faire apporter ladite minute au greffe, et que les dépositaires d'icelle y seront contraints, les fonctionnaires publics par corps, et ceux qui ne le sont pas par voie de saisie, amende, et même *par corps* (1), s'il y échet.

Tarif 70, 76, 92, et 166.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 271 et 272, nos 19 et 24.—Ordonn. de 1737, tit. 11, art. 16.—C. C. art 2060, n° 6.—[Notre Dict. génér. de proc., v° *Faux incident*, nos 86, 87, 97, 131.—Arm. Dallaz, *eod. v°*, nos 173 à 176.—Locré, t. 21, p. 608, n. 18.—Carré, *Compét*, 2e part., liv. 2, tit. 3, sect. 2, édition in-8°, t. 6, p. 426.—QUESTIONS TRAITÉES : Si le juge commissaire ne peut d'office ordonner l'apport de la minute de la pièce arguée, ne peut-il pas du moins, s'il juge cet apport nécessaire, en référer au tribunal qui l'ordonnerait ? *Q.* 895.—Le demandeur en faux ne peut-il se pourvoir que vers le juge commissaire, afin de faire apporter la minute de la pièce arguée? *Q.* 896.— Le défendeur doit-il être appelé pour voir statuer le juge commissaire sur l'apport de la minute? *Q.* 897 — Si le juge commissaire, auquel la loi donne la faculté de refuser ou d'ordonner l'apport, ne voulait pas prendre sur lui de prononcer à ce sujet, pourrait-il en référer au tribunal? *Q.* 898] (2)

---

(1) *Par corps.* La contrainte s'exécute ainsi qu'il est dit *suprà*, n° 830.

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° La partie qui a pour adversaire le greffier du tribunal où l'affaire est pendante, peut s'opposer à ce que des minutes de notaire dont l'apport est demandé par la partie adverse, soient déposées au greffe; dans ce cas, le dépôt peut se faire au greffe de la justice de paix. (Bruxelles, 1er mai 1827.)

2° Les juges sont tenus d'ordonner l'apport devant eux, lorsqu'il est demandé, de l'original d'un titre dont on produit une copie authentique, quoiqu'on ne se soit pas inscrit en faux contre cette copie. (*Cass.*, 15 juillet 1824. *J. Av.*, t. 39, p. 98.)]

CLXXIX. L'intérêt qu'il y a de rapprocher les minutes de l'expédition, lorsque celle-ci est soupçonnée de faux, a dicté la disposition qui en autorise également le dépôt, et celles qui organisent les moyens de contraindre les fonctionnaires publics à l'opérer.

895. *Si le juge-commissaire ne peut d'office ordonner l'apport de la minute de la pièce arguée, ne peut-il pas du moins s'il juge cet apport nécessaire, en référer au tribunal qui l'ordonnerait ?*

L'art. 16 du tit. 2 de l'ordonnance portait qu'il sera ordonné, sur la requête du demandeur, ou *même d'office*, que la minute serait apportée au greffe. Il est évident, d'après les termes de l'art. 221, que le juge-commissaire ne peut ordonner cet apport que sur la requête du demandeur. Mais, en admettant cette conséquence, M. DELAPORTE, t. 1, p. 221, estime que le juge-commissaire peut faire au tribunal un rapport d'après lequel il pourrait, sur les conclusions du ministère public, ordonner que la pièce fût apportée.

Nous ne partageons pas cette opinion ; nous croyons, comme M. Delaporte en convient lui-même, que la suppression, dans l'art. 221, des mots *ou même d'office s'il y échet*, qui se trouvaient en l'article précité de l'ordonnance, est fondée sur la distinction qui existe, dans l'organisation judiciaire actuelle, entre les magistrats chargés de juger les affaires civiles et ceux qui sont préposés pour instruire les affaires criminelles.

Sous l'ordonnance, ces attributions étaient cumulées ; en sorte que le juge pouvait ordonner d'office la poursuite devant lui d'un crime dont il acquérait la connaissance, ou dont il soupçonnait l'existence dans le cours d'une contestation civile; aujourd'hui, il est tenu de renvoyer devant le substitut du procureur général établi près le juge d'instruction. Or, dans notre espèce, si, nonobstant le défaut de requête du demandeur pour faire apporter la minute, le ministère public ou les juges soupçonnaient qu'elle eût été falsifiée, ils ne pourraient procéder eux-mêmes à l'instruction criminelle : il n'y a donc pas de raison pour eux d'en ordonner l'apport d'office. Si le défendeur, et, à son défaut, le demandeur, ne prennent pas ce soin, le ministère public peut seulement, s'il le juge à propos, faire la recherche du crime de faux, suivant les formes tracées par le Code d'instruction criminelle.

Au reste, cette opinion se trouve confirmée par la rédaction de l'art. 222, qui donne au tribunal une alternative, dans le cas où la minute n'a pas été apportée, mais non le pouvoir de la faire apporter d'office.

[[La raison donnée par M. Carré, pour justifier sa solution, nous paraîtrait bonne, si l'apport d'office de la minute ne pouvait jamais avoir d'autre but ni d'autre résultat que celui d'une poursuite criminelle; mais ne peut-il pas se faire que, malgré le silence que garderaient sur ce point et le demandeur et le défendeur, le tribunal crût utile, pour s'éclairer sur la contestation, de faire apporter la minute ? Dans ce cas, comment lui en refuser le droit ? la loi ne doit-elle pas mettre à sa disposition tous les moyens de connaître la vérité ? Voilà le doute que M. DALLOZ, t. 8, p. 436, élève sur la solution de M. Carré; nous croyons devoir le résoudre contre ce dernier auteur.

Nous avions écrit ces lignes lorsque le quatrième volume de M. Boncenne a paru, et nous avons lu avec plaisir, à la page 86, la confirmation de notre opinion. Cet estimable auteur fait sentir que l'expression *d'office* a été retranchée pour qu'elle ne pût pas s'appliquer au juge-commissaire seul.]]

896. *Le demandeur en faux ne peut-il se pourvoir que vers le juge-commissaire, afin de faire apporter la minute de la pièce arguée ?*

Lorsqu'il présume d'avance qu'il existe entre la minute et la copie arguée

des différences qui rendent nécessaire de comparer ces deux pièces, il peut, pour économiser le temps et les frais, demander que, par le jugement qui admettra l'inscription et ordonnera la remise au greffe de la copie (art. 218), le tribunal ordonne en même temps l'apport de la minute, dans tel délai qu'il jugera convenable (art. 221), et même qu'il soit procédé à la poursuite du faux, sans attendre cet apport, conformément à l'art. 222. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 327.)

[[Nous ne croyons pas que cette solution puisse souffrir de difficulté.]]

897. *Le défendeur doit-il être appelé pour voir statuer le juge-commissaire sur l'apport de la minute?*

Le Code ne le dit pas; mais l'art. 70 du tarif l'exige, puisqu'il passe en taxe une sommation pour être présent à la réquisition d'apport de la minute : ainsi, l'on doit, à ce sujet, présenter une requête au juge-commissaire, pour qu'il fixe les jour, lieu et heure où il prononcera. (*V.* art. 76, § 5 du *Tarif.*)

[[C'est l'opinion que nous avons émise, dans notre *Commentaire* du tarif, t. 1, p. 271; elle est également professée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 396; et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 561.]]

898. *Si le juge-commissaire, auquel la loi donne la faculté de refuser ou d'ordonner l'apport, ne voulait pas prendre sur lui de prononcer à ce sujet, pourrait-il en référer au tribunal?*

Nous avons déjà dit (*V.* 827e *Quest.*) que c'est toujours le parti que doit prendre le juge-commissaire, lorsqu'il éprouve quelques difficultés dans le cours de ses opérations. Ainsi, dans l'espèce de la question ci-dessus, il ordonnerait qu'il serait par lui référé au tribunal à un jour qu'il fixerait, et auquel les parties emporteraient sommation de se présenter. (*Arg.* de l'art. 1034. *V.* PIGEAU, t. 1, p. 334.)

[[MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 396, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 561, enseignent, avec raison, la même doctrine.]]

ART. 222. Il est laissé à la prudence du tribunal d'ordonner, sur le rapport du juge-commissaire, qu'il sera procédé à la continuation de la poursuite du faux, sans attendre l'apport de la minute; comme aussi de statuer ce qu'il appartiendra, en cas que ladite minute ne pût être rapportée, ou qu'il fût suffisamment justifié qu'elle a été soustraite ou qu'elle est perdue.

[Notre Commentaire du Tarif, t. 1, p. 272, nos 25 et 26.] — Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 16. IIe part.—Cod. de procéd., art. 202.—[Notre Dict. gén., vo *Faux incident*, nos 129; Arm. Balloz, vo *Faux incident*, nos 177, 178. — QUESTION TRAITÉE : Comment s'exécute la dernière disposition de l'art. 222, relative aux divers cas dans lesquels la minute ne peut être rapportée? *Q.* 899.] (1).

CLXXX. L'article ci-dessus a son motif dans le cas possible où l'ordon-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Les tribunaux peuvent décider qu'il n'y a pas lieu à donner de suite à l'inscription de faux contre la minute d'un acte, lorsque le notaire qui en était censé dépositaire certifie qu'elle n'existe pas, et qu'elle ne se trouve pas même relatée dans le répertoire de son prédécesseur qui l'avait reçue. (Colmar, 1er fév. 1812; *S.*, t. 14, 2e part., p. 328, et *J. Av.*, t. 14, p. 370.)]

nance du juge-commissaire, touchant l'apport de la minute, paraîtrait devoir entraîner une trop grande perte de temps, ou même éprouver quelque difficulté inattendue; par exemple, si elle est déposée dans un lieu trop éloigné, s'il y a des poursuites à faire contre les dépositaires afin de les contraindre à l'apport; en un mot, toutes les fois qu'il y aurait à craindre que les preuves de faux que le demandeur aurait déjà eues ne dépérissent à raison du laps de temps qu'entraînerait l'apport. (*V.* Serpillon, sur l'art. 16, n° 185.) En ces circonstances, le tribunal peut, sur le rapport du juge-commissaire et sur les conclusions du ministère public, ordonner qu'il sera procédé à la continuation de la poursuite du faux, sans attendre la minute.

S'il se trouve que la minute ne puisse être apportée, par exemple, s'il est justifié qu'elle a été soustraite ou qu'elle est perdue, le tribunal, toujours après avoir entendu le juge-commissaire dans son rapport, et le ministère public dans ses conclusions, considère jusqu'à quel point cette pièce pouvait servir à la vérification du faux; il examine si la perte qui en est faite n'est pas l'ouvrage de l'une ou de l'autre des parties, recherche dans les circonstances de la cause les moyens de décider, et reçoit de la loi le pouvoir de statuer ce qu'il appartient. [[M. BONCENNE, t. 4, p. 90, cite la loi romaine 21 au Code *de fide instrumentorum.*]]

899. *Comment s'exécute la dernière disposition de l'art.* 222, *relative aux divers cas dans lesquels la minute ne peut être apportée?*

L'impossibilité d'apporter la minute doit être constatée par certificat ou déclaration, de la part de la personne que l'on supposait en être détenteur, portant, soit qu'elle n'a jamais eu la pièce en sa possesion, soit qu'elle a été perdue ou soustraite (1).

Après cela le tribunal, comme nous venons de le dire au commentaire ci-dessus, a, d'après l'art. 222, la plus grande latitude pour prononcer ce qu'il jugera convenable; mais il n'en résulte pas qu'il soit dispensé de chercher, dans les règles du droit, les motifs de sa décision.

C'est pourquoi, sous l'empire de l'ordonnance de 1737, Jousse, sur l'art. 16 du tit. 2, et Durousseau, cité par Serpillon sur le même article, avaient cru devoir poser quelques principes généraux, propres à servir de guide au juge en plusieurs circonstances. M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 173, rappelle aussi qu'il se trouve, aux art. 1334 et 1335 du Code civil, des dispositions qui peuvent être d'un grand secours à la justice, pour déterminer le parti qu'elle doit prendre dans les cas prévus par l'art. 222. (*V.* ces auteurs, *ubi suprà.*)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 397, décide que le tribunal peut aussi ordonner un compulsoire dans le cas où l'on prétendrait que la minute est égarée, et nous sommes de son avis. Car si le tribunal pense qu'il y ait mauvaise foi, n'a-t-il pas le droit de prendre tous les moyens de la déjouer?]]

---

(1) Quelques-uns des commentateurs du Code pensent que l'on doit encore appliquer la décision d'un arrêt du Parlement de Paris, du 11 mars 1709, rapporté par Jousse, dans son *Traité de la justice criminelle*, t. 2, p. 682, et qu'en conséquence, le tribunal peut ordonner qu'un procès-verbal de perquisition sera dressé sur les répertoires et registres du dépositaire, par un commissaire délégué à cet effet. Nous pensons qu'il n'est pas nécessaire de recourir à ce mode dispendieux, et qu'il suffit, pour constater l'impossibilité d'apporter la pièce, du certificat ou de la déclaration dont nous venons de parler, sauf à la partie intéressée à ce que la minute se retrouve, à exiger du dépositaire les preuves des faits qu'il atteste, et à former contre lui, suivant les circonstances, toute demande en dommages-intérêts. (*V.* au surplus DEMIAU-CROUZILHAC, p. 174.)

ART. 223. Le délai pour l'apport de la minute court du jour de la signification de l'ordonnance ou du jugement, au domicile de ceux qui l'ont en leur possession.

Tarif, 29.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 273, nos 29 à 34.] — Ordonnance de 1737, tit. 2, art. 17, 1re part.—Cod. de proc., art. 1033.—[Arm. Dalloz, vo *Faux incident*, no 179 —QUESTION TRAITÉE: De quel jugement s'agit il dans l'art. 223? *Q.* 900.]

CLXXXI. Le délai fixé par cet article suppose, ou qu'il ne se rencontre aucun obstacle à l'apport de la minute, ou que l'obstacle qui se présente n'est pas jugé suffisant par le tribunal.

900. *De quel jugement s'agit-il dans l'art.* 223?

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 174, dit que le délai pour apporter la minute court du jour de l'ordonnance donnée par le juge-commissaire, en vertu de l'article 221, ou du jour du jugement rendu conformément à l'art. 220.

On pourrait croire, au premier aperçu, qu'il n'est pas possible que l'art. 223 ait entendu parler de ce jugement, puisque l'art. 220 parle de la pièce arguée et non pas de la minute de cette pièce.

Mais si l'on considère, comme nous l'avons dit sur la 891e *Question*, que le demandeur ne saurait être autorisé à faire remettre lui-même la pièce arguée que dans le cas où elle existerait en double ou en minute entre les mains d'un tiers, on reconnaîtra sans peine que l'art. 223 ait entendu parler du jugement qui accorde cette autorisation, qui fixe le délai pour l'apport, et qui, par cette raison, doit nécessairement être signifié au tiers détenteur, afin qu'il ait à s'y confirmer.

Mais nous ajouterons, d'après les solutions que nous avons données sur les 896e et 898e quest., que le jugement dont parle l'art. 223 sera celui que le tribunal aurait rendu dans les espèces qui font l'objet de ces questions. (*V.* p. 572.)

[[De l'ordonnance dans le cas de l'art. 221, du jugement dans celui de l'art. 222, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 459; nous croyons l'explication de M. Carré plus juste, parce qu'elle est moins restreinte, et qu'en s'appliquant à plus de cas, elle laisse subsister moins de difficultés.]]

ART. 224. Le délai qui aura été prescrit au défendeur pour faire apporter la minute courra du jour de la signification de l'ordonnance ou du jugement à son avoué; et, faute par le défendeur d'avoir fait les diligences nécessaires pour l'apport de ladite minute dans ce délai, le demandeur pourra se pourvoir à l'audience, ainsi qu'il est dit art. 217.

Les diligences ci-dessus prescrites au défendeur seront remplies, en signifiant par lui aux dépositaires, dans le délai qui aura été prescrit, copie de la signification qui lui aura été faite de l'ordonnance ou du jugement ordonnant l'apport de ladite minute, sans qu'il soit besoin, par lui, de lever expédition de ladite ordonnance ou dudit jugement.

Tarif 70. —[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 272, nos 26 à 28.] — Sur la 1re part. de cet article, V. Ord., tit. 2, art. 12.—Cod. de proc., art. 217, 1033.—[Notre Dictionnaire général de procédure, vo *Faux incident*, no 90.—Arm. Dalloz, *eod.* nos 179 et 180.—Locré, t. 21, p. 609, n. 20. — QUESTIONS TRAITÉES: Si l'ordonnance ou le jugement enjoignent au défendeur de faire apporter les pièces dans tel délai, l'apport devrait-il être fait nécessairement dans ce délai? *Q.* 901 —En est-il du délai de l'art. 224, comme de ceux dont nous avons parlé sous les quest. 873 et 892? Est-il fatal? *Q.* 901 *bis*.—Le défendeur doit-il dénoncer au demandeur qu'il a fait ses diligences, afin que le dépositaire fasse l'apport de la pièce? *Q.* 902.—Résulte-t-il de ce que les art. 221, 223 224 et 225 ne parlent que de l'apport et non de l'envoi de la minute, que le tribunal ou le juge commissaire ne puisse en ordonner l'envoi, comme en matière de vérification? *Q.* 903.]

CLXXXII. Le délai prescrit au défendeur pour faire apporter la minute, c'est-à-dire pour dénoncer à ceux qui la détiennent copie de l'ordonnance ou du jugement qui en ordonne l'apport, a le même cours que celui dont il s'agit au précédent article. A l'expiration de ce délai, sans que le défendeur ait justifié de ses diligences, le demandeur peut se pourvoir à l'audience, comme il est dit en l'art. 217, et, par conséquent, pour faire ordonner que la pièce maintenue fausse sera rejetée, toujours sauf à lui à en tirer telles inductions qu'il jugera à propos, et même à former telle demande qu'il avisera pour ses dommages-intérêts, si mieux il n'aime se faire autoriser lui-même à poursuivre l'apport de la minute.

[[On remarquera que l'obligation du défendeur, pour faire apporter la minute, se borne à faire connaître aux dépositaires l'ordonnance qui prescrit cet apport. *V.* M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 397.]]

901. *Si l'ordonnance ou le jugement enjoignait au défendeur de faire apporter les pièces dans tel délai, l'apport devrait-il être fait nécessairement dans ce délai?*

L'art. 221 porte que le juge-commissaire ordonnera, s'il y a lieu, que le défendeur sera tenu, *dans le temps qui lui sera prescrit*, de faire apporter la minute au greffe : on pourrait croire que le législateur aurait entendu que non-seulement le défendeur devra, à cet effet, faire ses diligences dans le délai, mais encore que la pièce sera apportée dans ce même délai.

Nous ne croyons pas que telle ait été l'intention de la loi ; nous pensons, au contraire, que le jugement qui ordonne l'apport de la pièce doit fixer, premièrement, un délai au défendeur, à l'effet d'agir vers les détenteurs de la minute; secondement, un délai à ceux-ci, afin d'apporter la pièce, sur l'avis que le défendeur leur aura donné. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 174.) (1)

[[**901** bis. *En est-il du délai de l'art.* 224 *comme de ceux dont nous avons parlé sous les* Quest. 873 *et* 892? *est-il fatal?*

Nous pensons qu'il y a ici même raison de décider que dans les autres cas, les art. 221 et 224 ne sont pas conçus en termes plus rigoureux que les articles 217 et 219, dont les dispositions ont donné lieu aux questions 873 et 892. Il faut en conclure qu'après même que le demandeur se serait pourvu à l'audience pour faire rejeter la pièce, le défendeur serait encore à temps d'éviter ce rejet en prenant, avant le jugement, les mesures nécessaires pour accomplir ses diligences. Au reste, la Cour de Bruxelles l'a ainsi jugé le 3 déc. 1818 (*J. Arr.* de cette Cour, t. 2 de 1818, p. 310), par un arrêt qui déclare que les peines prononcées par les articles 217 et 224 ne sont que comminatoires.]]

---

(1) Ceci nous paraît résulter nécessairement de l'art. 223, qui veut que le délai pour l'apport coure du jour de la signification de l'ordonnance ou du jugement à ceux qui ont eu la minute en possession, et de la dernière disposition de l'art. 224, portant que les diligences du défendeur seront constatées par cette signification.

S'il en était autrement, si l'ordonnance ou le jugement ne portait qu'un seul délai pour faire apporter la minute, et que ce délai fût le seul dans lequel l'apport dût être effectué, on sent qu'on laisserait à l'arbitraire du défendeur de fixer le délai par rapport au dépositaire. Or, combien de discussions ne s'élèverait-il pas à ce sujet? D'ailleurs, pourquoi l'art. 220 aurait-il parlé, pour apporter les pièces, d'un délai qui ne concerne que les détenteurs, si l'ordonnance ou le jugement ne devait pas en prescrire un?

[Ce raisonnement nous paraît très concluant.]

902. *Le défendeur doit-il dénoncer au demandeur qu'il a fait ses diligences afin que le dépositaire fasse l'apport de la pièce?*

Oui, puisque, d'après l'art. 224, le demandeur, dans le cas où le défendeur aurait négligé d'agir à cet effet, pourrait se pourvoir pour faire rejeter la pièce. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 174) (1).

[[C'est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 398, et nous l'adoptons, à moins que le demandeur ne voulût lui-même faire opérer cette remise, ainsi que l'établissent ces mots du 2e § de l'art. 225, *si c'est le demandeur qui a fait faire la remise.*]]

903. *Résulte-t-il de ce que les art.* 221, 223, 224 *et* 225 *ne parlent que de l'apport et non de l'envoi de la minute, que le tribunal ou le juge-commissaire ne puissent ordonner l'envoi, comme en matière de vérification?*

Nous ne pensons pas que l'on puisse conclure du silence de ces articles sur l'envoi des minutes, lorsqu'elles existeraient dans un dépôt éloigné du greffe, ou qu'elles ne pourraient être déplacées, que l'envoi de ces pièces ne pût être ordonné.

Au contraire, la longueur de la procédure en inscription de faux nous paraît exiger, plus impérieusement encore qu'en matière de vérification, que cette marche soit suivie relativement à l'incident de faux.

Nous estimons, en conséquence, que l'on doit se conformer à ce qui est prescrit par les art. 202, 203, 204 et 205, ou du moins, comme le font observer les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 36, qu'il faut puiser dans ces articles les principes qui s'accorderaient le mieux avec les règles particulières de la procédure en inscription de faux (2).

[[Nous adhérons à cette interprétation. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 398, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 561, sont aussi de cet avis.]]

ART. 225. La remise de ladite pièce prétendue fausse étant faite au greffe, l'acte en sera signifié à l'avoué du demandeur, avec sommation d'être présent au procès-verbal; et, trois jours après cette signification, il sera dressé procès-verbal de l'état de la pièce.

Si c'est le demandeur qui a fait faire la remise, ledit procès-verbal sera fait dans les trois jours de ladite remise, sommation préalablement faite au défendeur d'y être présent.

Tarif 70 et 166. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 274 et 275, nos 35 à 44.]—Ord. de 1737, tit. 2, art. 23.—Cod. de proc., art. 196, 227.—C. d'inst. crim., art. 448 et suiv. —[Notre Dictionn. gén. de proc., v° *Faux incident*, nos 93 et 94. — Arm. Dalloz, *ibid.* n° 181. — QUESTION TRAITÉE: La partie qui veut sommer l'autre d'être présente au procès-verbal de l'état de la pièce peut-elle faire cette sommation sans recourir au juge-commissaire? *Q.* 904.]

---

(1) Mais il importe de remarquer que, si l'inscription de faux était dirigée contre une pièce qui se trouverait déjà déposée au greffe, le défendeur ferait bien de ne pas se borner à dénoncer purement et simplement l'existence de ce dépôt, attendu qu'il a été jugé, par arrêt du Parlement de Rouen, du 14 janvier 1757, qu'il devait notifier au demandeur un acte du greffier qui la constate. (*V.* Prat., t. 2, p. 120, not. 2.)

(2) Au reste, cette opinion se trouve justifiée, 1° par l'art. 242, qui suppose évidemment le cas où l'envoi des pièces de la part du dépositaire aurait été ordonné, puisqu'il dispose qu'elles seront remises ou *renvoyées* aux dépositaires; 2° par l'art. 245, qui suppose qu'il aurait été fait des expéditions en exécution de l'art. 203.

CLXXXIII. Après avoir recueilli tous les matériaux relatifs au corps du délit l'ordre naturel des idées conduit aux moyens d'en constater l'état. Le premier de ces moyens est la description de la pièce qui doit être faite dans les délais fixés par l'art. 225.

904. *La partie qui veut sommer l'autre d'être présente au procès-verbal de l'état de la pièce peut-elle faire cette sommation sans recourir au juge-commissaire?*

On juge aisément, quoique la loi soit muette sur ce point, que cette partie ne peut notifier la sommation dont il s'agit, qu'après avoir obtenu du juge-commissaire une ordonnance qui fixe l'heure et le lieu de l'opération prescrite par l'art. 225.

[[M. PIGEAU, *Pr. civ.*, t. 1, p. 347, et *Comm.*, t. 1, p. 460, exige aussi qu'il soit présenté requête au juge-commissaire pour obtenir la fixation du lieu et de l'heure. Nous pensons, au contraire, que c'est là une procédure inutile. Quant au lieu, il est suffisamment déterminé par la position de la pièce elle-même, qui se trouve au greffe. Quant au jour, il résulte nécessairement des dispositions de la loi qui fixe, pour cette opération, le troisième jour à partir du dépôt s'il a été fait par le demandeur, de la signification de l'acte de dépôt s'il a été fait par le défendeur. Quant à l'heure, il est naturel que, pour la fixer, on s'entende avec le juge-commissaire et avec le procureur du roi; mais ce n'est point par un acte de procédure, c'est par une communication officieuse qu'on accomplira ce devoir de convenance: telle est l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 399, et celle que nous avons exprimée dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 274. « Il n'est pas besoin de dire, a mis en note M. BONCENNE, t. 4, p. 91, « qu'il aura fallu demander préalablement au juge-commissaire et au procu- « reur du roi, l'indication du jour et de l'heure. »]]

ART. 226. S'il a été ordonné que les minutes seraient apportées, le procès-verbal sera dressé conjointement, tant desdites minutes que des expéditions arguées de faux, dans les délais ci-dessus : pourra néanmoins le tribunal ordonner, suivant l'exigence des cas, qu'il sera d'abord dressé procès-verbal de l'état desdites expéditions, sans attendre l'apport desdites minutes, de l'état desquelles il sera, en ce cas, dressé procès-verbal séparément.

T. 92.—Ord. de 1737, tit. 2, art. 24.—[Locré, t. 21, p. 609, n° 19.]

CLXXXIV. Le procès-verbal qui constate l'état de la pièce est le premier acte d'instruction qui suive l'inscription de faux: il doit être dressé communément avec celui qui constate l'état de la minute, si elle a été apportée; mais, si le dépôt de celle-ci ne concourt pas avec l'échéance du délai fixé pour le procès-verbal de description de la pièce arguée, le juge est alors le maître, suivant les circonstances, de suspendre l'instruction jusqu'à ce que la minute soit apportée, comme aussi de procéder à la description de l'expédition. (*Rapp. au Corps législ.*)

ART. 227. Le procès-verbal contiendra mention et description des ratures, surcharges, interlignes et autres circonstances du même genre; il sera dressé par le juge-commissaire, en présence du procureur du roi, du demandeur et du défendeur, ou de leurs fondés de procurations authentiques et spéciales; lesdites pièces et minutes se-

ront paraphées par le juge-commissaire et par le procureur du roi, par le défendeur et le demandeur, s'ils peuvent ou veulent les parapher ; sinon il en sera fait mention. Dans le cas de non-comparution de l'une ou de l'autre des parties, il sera donné défaut, et passé outre au procès-verbal.

Tarif, 92. — Ord. de 1737, tit. 1er, art. 10 et 11, tit. 2, art. 25.—[Notre Dictionnaire gén. de procéd., v° *Faux incident*, n° 104.—Arm. Dalloz, *ibid.* n° 182.—Carré, *Comp.*, édit. in-8°, t. 2, p. 253. 2e part., liv. 1er, tit. 2, *Q.* 124 —Locré, t. 21, p. 609, n° 19.—QUESTION TRAITÉE : Quelles sont en général, outre les circonstances mentionnées dans l'article, celles dont le procès-verbal doit faire mention? *Q.* 905] (1).

CLXXXV. Cet article ne donne lieu à aucune observation, si ce n'est que les avoués des parties doivent les assister à la dresse du procès-verbal, et que le procureur du roi est prévenu d'y être présent par la communication qui lui est faite de l'ordonnance dont nous avons parlé sur la *Quest.* précédente.

[[On sait que nous ne croyons pas cette ordonnance nécessaire.]]

905. *Quelles sont en général, outre les circonstances mentionnées dans l'article, celles dont le procès-verbal doit faire mention?*

La loi, par ces dernières expressions, et *autres circonstances du même genre*, entend parler de toutes les circonstances qui tendent à faire connaître les endroits suspectés ; par exemple, l'état du papier, s'il est neuf, usé, déchiré, taché, gratté; s'il existe des apparences que des mots, des syllabes ou des lettres aient été enlevés à l'aide de procédés chimiques, etc. (*V.* Comment. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 41, et *suprà*, p. 323, à la note.)

[[Les endroits où l'écriture se resserre, dit M. BONCENNE, t. 4, p. 93, et ceux où elle s'élargit, les teintes différentes de l'encre, les altérations du papier, ses coupures, ses déchirures, les traces du grattoir, les taches du lavage, la disposition des signatures, *et alia vestigia veritatis.* L. 22, C. *ad legem Corneliam de falsis.*

V. aussi, sur le contenu du procès-verbal, MM. PICEAU, *Pr. civ.*, t. 1, au n° III de l'art. 2 du § *Faux incident*, et M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 400. Ce dernier auteur fait observer, avec raison, que, ce procès-verbal n'étant destiné qu'à constater des faits, le juge-commissaire doit s'abstenir d'y faire des raisonnements, d'y émettre une opinion. Au reste, les faits constatés peuvent être assez concluants pour porter le tribunal à rejeter la pièce sans autre procédure.]]

ART. 228. Le demandeur en faux, ou son avoué, pourra prendre communication, en tout état de cause, des pièces arguées de faux, par les mains du greffier, sans déplacement et sans retard.

Tarif, 91 et 92.—[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 275, n°s 45 à 47.]— Ord. de 1737, tit. 2, art. 26. —[Arm. Dalloz, v° *Faux incident* n° 183.—QUEST. TRAITÉES. Le demandeur ou son avoué ne peuvent-ils prendre que séparément communication des pièces arguées? *Q.* 906. — Mais l'art. 228 a-t-il entendu, en substituant *l'avoué au conseil* du demandeur, interdire à celui-ci de prendre communication avec un conseil expert en écriture? *Q.* 907. — Le défendeur en faux a-t-il, comme le demandeur, le droit de prendre communication des pièces? *Q.* 908.]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Si, lors de la dresse du procès-verbal de l'état de la pièce arguée de faux, une des parties omettait d'y requérir les apurements qu'elle croirait être dans son intérêt, elle serait non recevable à les demander plus tard. (Rennes, 21 déc. 1814, et 13 fév. 1815, 3e et 1re chambres; *J. Av.*, t. 14, p. 387.]

CLXXXVI. Après que le procès-verbal dont il est question aux précédents articles a été dressé, il s'agit de connaître les moyens du demandeur, et d'engager les débats sur la question de savoir si ceux qu'il présentera devront être admis ou rejetés ; mais, dans le cours de cette contestation, le demandeur peut avoir besoin d'examiner attentivement les pièces arguées de faux, et, par conséquent, la loi lui permet d'en prendre communication, mais sans que l'usage de cette faculté puisse jamais servir de prétexte pour retarder le cours de la procédure.

906. *Le demandeur ou son avoué ne peuvent-ils prendre que séparément communication des pièces arguées ?*

L'ordonnance de 1737 s'exprimait dans les mêmes termes que l'art. 228, tit. 2, art. 26, à la seule exception qu'au lieu du procureur (l'avoué) de la partie, elle désignait *son conseil*. On ne doutait pas que la particule *ou* devait être entendue en sens conjonctif, et que l'ordonnance permettait ainsi, soit à la partie, soit à son conseil, séparément, soit enfin à tous les deux ensemble, de prendre communication. (*V.* Serpillon, sur l'art. précité, p. 215.)

[[Rien de plus juste. C'est aussi ce qu'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 401.]]

907. *Mais l'art.* 228 *a-t-il entendu, en substituant l'*AVOUÉ *au* CONSEIL *du demandeur, interdire à celui-ci de prendre communication avec un expert en écriture ?*

Le but de l'art. 228 est de fournir au demandeur, à l'aide de l'inspection des pièces arguées, la facilité de découvrir et articuler clairement ses moyens de faux. (*V.* art. 229.) Il lui importe donc de faire cet examen avec une personne expérimentée ; et c'est pour cela, disait Serpillon, sur les art. 26 et 27 de l'ordonnance, qu'il lui était permis de prendre communication *avec un conseil.*

Si l'art. 228 n'a pas à ce sujet conservé les termes de l'ordonnance, nous ne pensons pas qu'il s'ensuive que le greffier soit autorisé à refuser que la partie ou son avoué prenne cette communication en présence d'un *conseil.* Dans notre opinion, cet article ne parle de l'avoué que pour faire connaître qu'il a, comme la partie elle-même, le droit de prendre la communication dont il s'agit : ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il soit accompagné, ainsi qu'elle, d'une personne dont les observations pourraient être utiles à son instruction.

[[Cette solution nous semble rentrer parfaitement dans l'esprit de la loi. Elle est également adoptée par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 401 ; et BONCENNE, t. 4, p. 93.]]

908. *Le défendeur en faux a-t-il, comme le demandeur, le droit de prendre communication des pièces ?*

Si l'art. 228 ne s'explique pas à l'égard du défendeur, c'est que, la pièce déposée lui appartenant, on ne pouvait élever de doute sur le droit qu'il a, par ce motif, d'en prendre communication quand bon lui semble. Il est d'ailleurs indispensable de lui accorder ce droit ; autrement, il pourrait se trouver, en plusieurs circonstances, hors d'état de répondre aux moyens de faux articulés par le demandeur.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 401, décide, avec raison, comme M. Carré. Seulement, il donne au greffier le droit de prendre toutes les pré-

cautions qui lui paraissent utiles contre la mauvaise foi du défendeur, lorsque celui-ci donne lieu à des soupçons par des demandes de communication intempestives ou trop réitérées. M. BONCENNE, t. 4, p. 95, cite l'art. 254 du Code pénal.]]

ART. 229. Dans les huit jours qui suivront ledit procès-verbal, le demandeur sera tenu de signifier au défendeur ses moyens de faux, lesquels contiendront les faits, circonstances et preuves par lesquels il prétend établir le faux ou la falsification, sinon le défendeur pourra se pourvoir à l'audience, pour faire ordonner, *s'il y échet* (1), que ledit demandeur demeurera déchu de son inscription de faux.

Tarif 75. — [Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 276, nos 48 à 50, 52 et 53.]—Ordonn. de 1737, tit. 2, art. 27.—[Notre Dictionnaire gén. de procéd., vo *Faux incident*, nos 106 à 108, 110.—Devilleneuve, *eod.* nos 57 et 58.—Arm. Dalloz. *eod.* nos 184 à 197.—Locré, t. 21, p. 610, no 21.—QUESTIONS TRAITÉES : Le délai fixé par cet article est-il fatal? *Q.* 908 *bis*.— Lorsqu'en vertu d'un jugement du tribunal, on a constaté séparément par deux procès-verbaux, l'état de l'expédition et celui de la minute, est-ce à partir du premier ou seulement du second de ces procès-verbaux que court le délai prescrit par l'art. 229? *Q.* 909.— En quoi consistent ordinairement les moyens de faux? *Q.* 910.—Peut-on, dans l'intervalle qui s'écoule entre la signification des moyens de faux et le jugement, notifier de nouveaux moyens? *Q.* 911.—Peut-on plaider à l'audience des moyens qui n'auraient pas été signifiés? *Q.* 912.] (2)

CLXXXVII. Cet article et ceux qui le suivent immédiatement établissent, sur les moyens de faux, une procédure absolument divergente de l'ordonnance de 1737, et ont introduit dans la jurisprudence d'importants changements, au moyen desquels l'instruction en matière de faux incident civil est mise en harmonie avec la publicité, la latitude et la liberté de défense qui résultent du système général de notre procédure criminelle, avec laquelle cette instruction a des rapports essentiels.

L'ordonnance, à partir de la présentation des moyens de faux, s'enveloppait de ce mystère impénétrable qui formait, sous son règne, l'un des traits caractéristiques de l'instruction criminelle. L'art. 27 voulait que les moyens de faux fussent déposés au greffe; l'art. 28 défendait expressément d'en donner communication au défendeur; suivant l'art. 29, le jugement d'admission devait être rendu sur les seules conclusions du ministère public; enfin, c'était encore par la voie seule de l'information secrète que l'on en cherchait la preuve. Notre Code veut, au contraire, par l'art. 229, que les moyens de faux soient signifiés au défendeur; l'art. 230 lui accorde la faculté d'y répondre; d'après ce dernier article et le 231e, le jugement sur l'admission doit être rendu contradictoirement et à l'audience; enfin, l'on verra (art. 232) que, si ce

---

(1) *S'il y échet.* Il suit de là, premièrement, que si la requête a été signifiée après le délai, mais avant le jugement, il n'y a pas de déchéance à prononcer; secondement, que, dans le cas même où elle n'aurait pas été signifiée au moment où il s'agirait de statuer, le tribunal pourrait proroger le délai, si le demandeur donnait de son retard une excuse suffisante : le délai n'est donc que comminatoire.

C'est ainsi que les commentateurs de l'ordonnance avaient décidé la question ci-dessus sur l'art. 27, et que tous les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code l'ont résolue

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

En matière de contributions indirectes, les moyens de faux contre un procès-verbal doivent être, à peine de déchéance, déposés au greffe dans le délai fixé par l'art. 40 du décret du 1er germinal an XIII, quoique des moyens de nullité aient déjà été présentés et accueillis contre ce procès-verbal. (Cass., 1er oct. 1829. S. t. 29, 1re part., p. 377.)]

jugement ordonne une preuve testimoniale, il réserve à l'instant au défendeur le droit d'une preuve contraire.

[[908 bis. *Le délai fixé par cet article est-il fatal ?*

Dans sa note sur ces mots de l'article : *S'il y échet*, et à sa *Quest.* 913, M. Carré a adopté l'opinion que nous avons déjà professée dans des cas analogues sur les *Quest.* 873, 892 et 901 *bis*. Puisque les motifs qui nous avaient déterminé, dans ces divers cas, sont ici plus frappants encore, nous nous rangeons cette fois bien volontiers à l'avis de M. Carré, qu'embrassent également MM. DALLOZ, t. 8, p. 436, n° 18; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 402; et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 462. Les expressions de ce dernier auteur sont remarquables : « Le délai n'est pas fatal, dit-il, le demandeur peut signifier les « moyens de faux jusqu'au jugement qui le déclare déchu; le délai n'est que « pour fixer le terme après lequel on peut poursuivre le jugement. » La question a été jugée *in terminis*, et résolue dans ce sens, par la Cour de Nîmes, le 24 mars 1822 (*J. Av.*, t. 22, p. 70). Cette Cour a considéré que l'art. 229 laisse aux juges la faculté de prononcer ou non la déchéance, selon qu'il y échet, d'après les circonstances.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 96.

909. *Lorsqu'en vertu d'un jugement du tribunal on a constaté séparément, par deux procès-verbaux, l'état de l'expédition et celui de la minute, est-ce à partir du premier, ou seulement du second de ces procès-verbaux, que court le délai prescrit par l'art.* 229 ?

L'ordonnance de 1737 (art. 27) prononçait, en termes formels, qu'en ce cas, le délai ne courait qu'à dater du dernier procès-verbal. Le Code ne reproduit point cette disposition, et cependant la question ci-dessus peut encore se présenter. En effet, si le tribunal, usant de la faculté que lui donne l'art. 226, ordonne qu'il sera d'abord dressé procès-verbal de l'état de l'expédition, il y aura lieu ultérieurement à dresser un pareil acte pour la minute. Dans ce cas, il nous semble, malgré le silence de la loi, que l'on doit décider comme l'avait fait l'ordonnance, attendu que les moyens de faux ne peuvent être tous bien connus et développés que par les arguments tirés des rapports des deux pièces. C'est aussi l'opinion du rapporteur au corps législatif; [[V. LOCRÉ, t. 21, p. 609, n° 20.]] (1) Si, au contraire, le tribunal n'a pas ordonné que le procès-verbal relatif à l'expédition serait dressé tout d'abord, il n'y a pas lieu à la question, puisque l'art. 226 veut que les deux procès-verbaux se confondent, pour n'offrir l'idée que d'un seul et même acte.

[[Nous croyons cette opinion bien fondée. Au reste, le délai court ainsi que le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 463, sans qu'il soit besoin de signifier le procès-verbal. La raison en est que la partie, y ayant été présente ou dûment appelée, ne peut prétendre ignorer le jour où il a été dressé.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 97

910. *En quoi consistent ordinairement les moyens de faux :*

Ils consistent, dit l'art. 229, dans les faits, circonstances et preuves par lesquels le demandeur prétend établir le faux ou la falsification (2).

---

(1) D'autres pensent que tout est laissé à la discrétion du tribunal, qui, dans le cas proposé, ne doit pas omettre d'expliquer s'il entend que le délai commence à dater du premier procès-verbal ou de celui qui aura lieu par la suite.

(2) Ainsi, voy. p. 364, où nous avons parlé des faits qui constituent le faux matériel et le faux moral.

[[Sans nous livrer à de longs développements, qui seraient oiseux, sur ce que doit contenir l'écrit destiné à faire connaître les moyens de faux, nous dirons qu'il est de jurisprudence constante qu'il ne suffit pas que le demandeur se borne à nier l'exactitude des faits relatés dans l'acte, ou à contester la sincérité de l'écriture de telle ou telle partie: de semblables allégations sont trop vagues pour que les juges pussent en apprécier le mérite. Il faut qu'il articule des faits en opposition avec ceux qu'il nie, qu'il indique les circonstances dont il prétend fournir la preuve, et que ces circonstances soient de telle nature que, si elles viennent à être constatées, il en résulte nécessairement la fausseté que le demandeur recherche.

Ces principes ont été appliqués par la Cour de cassation, le 18 février 1813 (*S.*, t. 13, 1re part., p. 217), et le 31 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 185). Dans l'espèce du dernier arrêt le demandeur s'était borné à nier sa présence à l'acte argué, sans articuler des faits positifs et circonstanciés de nature à établir sa présence dans un autre lieu que celui où l'acte avait été passé. Ils l'ont été aussi par plusieurs autres Cours, notamment, le 31 janv. 1809, par celle de Besançon, devant laquelle, pour faire admettre une inscription de faux, le demandeur se bornait à dénier ses écriture et signature, et à en demander la reconnaissance par experts, sans articuler des faits tendant à établir les circonstances et preuves à l'aide desquelles il entendait démontrer le faux; et, par celles de Paris, 14 mai 1810; Riom, 27 août 1810; Rennes, 1er juin 1818; Bruxelles, 20 février 1820; Bordeaux, 18 déc. 1821 (*J.Av.*, t. 14, p. 350); Toulouse, 13 déc. 1831 (t. 45, p. 464); et Agen, 31 août 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 649). Par une conséquence nécessaire, ne sont pas admissibles, pour appuyer une inscription de faux contre un livre-journal, les faits qui ne tendraient qu'à prouver qu'il a été ajusté ou recopié par ceux qui le produisent; Rennes, 29 janv. 1818 (*J. Av.*, t. 14, p. 393). Il ne suffirait pas que le demandeur alléguât que les témoins instrumentaires de l'acte n'y étaient point présents, sans indiquer aucune circonstance qui rendît cette allégation probable; Bourges, 16 avril 1832 (*S.*, t. 32, 2e part., p. 659); et Cass., 17 déc. 1818 (*S.*, t. 19, 1re part., p. 281). Il faut que les faits allégués soient incompatibles avec ceux qui sont insérés dans l'acte; Douai, 9 déc. 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 324). Aussi la Cour de Colmar a-t-elle décidé, le 27 juin 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 538), que le demandeur en faux signifie suffisamment ses moyens en déclarant qu'il n'a pas assisté à la passation de l'acte, quoique sa présence y soit mentionnée, et en articulant qu'une autre personne s'est présentée en son nom dans l'étude du notaire. S'il s'agit d'un faux matériel, ou d'une falsification, le demandeur aura à indiquer les ratures, surcharges, additions, faites d'autre main ou encre, les différences entre l'original et la copie. Pour la confirmation de cette doctrine, on peut voir MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 279, n° 33 et 38; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 176; PIGEAU, *Pr. civ.*, t. 1, p. 353; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 562; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 403; et DALLOZ, t. 8, p. 436, n° 17.

M. BONCENNE, t. 4, p. 95, donne le texte de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1825, et développe, avec son talent ordinaire, le libellé d'une *inscription. Quæ non prosunt singula, cumulata juvant*, ajoute cet habile écrivain.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 98 et s.

911. *Peut-on, dans l'intervalle qui s'écoule entre la signification des moyens de faux et le jugement, notifier de nouveaux moyens?*

Puisqu'on ne trouve dans le Code aucune disposition qui défende de signifier, par une requête additionnelle, des moyens de faux qui n'auraient pas été compris dans la première, nous croyons que l'on peut adopter la solution affirmative donnée par Serpillon sur l'art. 27 de l'ordonnance, p. 221.

[[La même solution est enseignée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 403, et consacrée par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 juillet 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 622); elle résulte d'ailleurs nécessairement de celle que nous avons donnée sur la *Quest.* 908 *bis*. S'il n'y a point de délai fatal pour signifier les moyens de faux, il est bien évident que celui qui, dans un premier écrit, en aurait omis quelques-uns, sera toujours admis à réparer cette omission.]]

912. *Peut-on plaider à l'audience des moyens qui n'auraient pas été signifiés?*

Il est bien certain, d'après le texte de l'art. 229, que l'on ne peut être admis à plaider sur les moyens de faux qu'autant qu'ils ont été signifiés. La raison de la loi est que ces moyens ne peuvent résulter que de faits et de circonstances puisés dans la pièce déposée au greffe. (*V.* 910e *Quest.*) Or, pour que le défendeur en faux puisse répondre à ces moyens, il faut non-seulement qu'il les connaisse, mais encore qu'il puisse, en vérifiant la pièce, examiner jusqu'à quel point ils sont fondés.

C'est par le même motif que nous pensons que le demandeur ne peut être reçu à articuler, à l'audience, des moyens qui n'auraient pas été préalablement signifiés. (*V.* le Comment. inséré aux *Ann. du Notariat*, t. 2, p. 46.)

[[Solution très juste, qui est adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p, 463, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 402; DALLOZ, t. 8, p. 436, n° 20.]]

ART. 230. Sera tenu le défendeur, dans les huit jours de la signification des moyens de faux, d'y répondre par écrit; sinon le demandeur pourra se pourvoir à l'audience pour faire statuer sur le rejet (1) de la pièce, suivant ce qui est prescrit art. 217 ci-dessus.

Tarif 75.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 276 et 277, n°s 51 et 54.—Notre Dictionnaire gén. de proc., v° *Faux incident*, n° 112.—Armand Dalloz, *cod.*, n°s 198 à 201.—Locré, t. 21, p. 610, n° 22.—QUESTIONS TRAITÉES : Le délai pour signifier la réponse aux moyens de faux est-il péremptoire? *Q.* 913. — Le défendeur est-il obligé de signifier une réponse? *Q.* 914. — S'il intervenait, contre le défendeur, un jugement par défaut, faute de plaider, pourrait-il y former opposition en faisant signifier ses réponses? *Q.* 915.] (2).

CLXXXVIII. La faculté que la loi accorde ici au demandeur de poursuivre l'audience, si le défendeur n'a pas signifié, dans le délai qu'elle fixe, l'écrit contenant les preuves et les faits sur lesquels il pourrait établir sa défense, est fondée sur la présomption qu'il n'a rien à répondre aux faits articulés et aux preuves offertes par son adversaire.

913. *Le délai pour signifier la réponse aux moyens de faux est-il péremptoire?*

On sent, d'après ce qui a été dit à la note de l'art. 229, que ce délai n'est que comminatoire; il y a identité de raison, réciprocité de droit, suivant l'adage *nil debet actori licere quod reo non liceat*. Le défendeur peut donc valablement faire sa réponse après expiration de huitaine, et jusqu'au jugement à rendre en conformité de l'art. 231.

---

(1) *Sur le rejet de la pièce.* Bien entendu, comme nous l'avons dit, n° CLXXV, que ce rejet n'a d'effet que par rapport au défendeur.

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Lorsqu'une inscription de faux contre un acte de révocation de testament a été admise, la pièce rapportée peut être rejetée du procès, si les parties n'ont pas comparu devant le juge-commissaire, et n'ont pas fourni de réponse aux moyens de faux. (Lyon, 25 mai 1836; *J. Av.*, t. 51, p. 716.)]

[[Ceci est de la dernière évidence. *V.* dans le même sens, MM. PIGEAU, *Comm.*, *t.* 1, p. 464; DALLOZ, t. 8, p. 436, n° 21; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 405, et notre *Quest.* 908 *bis.*]]

914. *Le défendeur est-il obligé de signifier une réponse?*

Si le demandeur, par les motifs exposés au commentaire de l'art. 215, est obligé de signifier ses moyens de faux, ce n'est pas un motif pour que le défendeur ne puisse pas se dispenser d'y répondre par écrit. Le demandeur, qui a proposé ses moyens de faux, est nécessairement présumé en état de les soutenir contre les réfutations de son adversaire, qui peut se borner à les produire à l'audience, et, par conséquent, sommer le demandeur d'y comparaître. (*V.* le Comm. inséré aux *Ann. du Notariat*, t. 2, p. 48.)

[[La plupart des auteurs sont sur cette question d'une opinion contraire à celle que professe M. Carré, et nous croyons que c'est avec raison. La procédure en matière de faux est chose assez importante pour que la loi ait voulu faire une obligation au défendeur de ce qui est pour lui une simple faculté dans toute autre circonstance, et les termes mêmes de l'article militent encore en faveur de cette décision. En effet, puisqu'il est reconnu que, dans l'art. 229, le législateur oblige le demandeur à signifier ses moyens, nous aurions peine à comprendre qu'il n'ait pas voulu de même obliger le défendeur à signifier ses réponses, car l'art. 230 est conçu de la même manière que celui qui le précède. Voici, au reste, comment s'exprime à cet égard M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 463 :

« Quoique, d'après les art. 79 et 80 combinés, le défendeur puisse en général se dispenser de répondre par écrit à la demande et se réserver de le faire « verbalement à l'audience, il ne le peut ici; il doit répondre auparavant par « écrit, à peine de rejet de la pièce, comme le porte cet art. 230, qui établit « cette exception à la règle générale, fondée sur ce qu'il importe à l'ordre public qu'il s'explique par écrit sur un fait qui peut être criminel, pour arriver « plus sûrement à la découverte du crime, s'il y en a; d'un autre côté, les « moyens contiennent des faits articulés pour en faire preuve, et l'art. 252 « astreint celui contre qui ils sont articulés à les dénier ou reconnaître par un « simple acte, sans lui permettre de le faire à l'audience, afin que le demandeur puisse, avant l'audience, en cas de dénégation, préparer sa réponse « pour l'audience et éviter toutes surprises. »

MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 562; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 177; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 404, partagent l'avis de M. Pigeau.

« Tout est ici d'une extrême gravité, dit M. BONCENNE, t. 4, p. 99, et tout doit être positivement articulé, sérieusement contredit et soigneusement fixé, afin que les juges puissent avoir sous les yeux le pour et le contre, et ne « rien admettre ou ne rien repousser qu'après une étude réfléchie. »]]

Suppp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 408.

915. *S'il intervenait contre le défendeur un jugement par défaut faute de plaider, pourrait-il y former opposition, en faisant signifier ses réponses.*

L'affirmative de cette question ne saurait souffrir de difficulté. (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 227.)

[[*V.* dans le même sens, que nous approuvons aussi, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 405.]]

ART. 231. Trois jours après lesdites réponses, la partie la plus diligente pourra poursuivre l'audience, et les moyens de faux seront admis ou rejetés, en tout ou en partie : il en sera ordonné, s'il y échet,

que lesdits moyens ou aucuns d'eux demeureront joints, soit à l'incident en faux, si quelques-uns desdits moyens ont été admis, soit à la cause ou au procès principal; le tout suivant la qualité desdits moyens et l'exigence des cas.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 277, n°s 55 à 57] — Ordonn. de 1737, tit. 2, art. 29. — C. de proc., art. 246 et 251.—[Notre Dictionnaire génér. de proc., v° *Faux incident*, n°s 116 et 124.—Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 202 à 209. — QUESTIONS TRAITÉES : Quelles sont les circonstances où il y a lieu à joindre les moyens de faux, soit à l'incident de faux, soit à la cause ou procès principal, et, quand cette jonction a été ordonnée, doit-on vider l'incident avant tout jugement, même préparatoire, sur le fond? *Q.* 916. — Le jugement qui prononce l'admission ou le rejet des moyens de faux est-il interlocutoire ou seulement préparatoire? *Q.* 917.—Lorsqu'au moment du jugement dont il s'agit, les juges se trouvent partagés, doit-on procéder conformément à l'art. 118, ou l'opinion qui tend au rejet doit-elle faire jugement parce qu'elle est la plus douce? *Q.* 918.] (1)

CLXXXIX. Sur l'avenir signifié conformément à l'art. 231, la cause est appelée, les plaidoiries sont entendues et le tribunal admet ou rejette, soit en tout, soit en partie, les moyens de faux. S'il admet ceux qu'il juge *pertinents*, c'est-à-dire ceux qui, étant prouvés, établiraient la fausseté de la pièce arguée, il rejette ceux dont il estimerait qu'il ne pourrait résulter aucune preuve pertinente du faux, quand même ils seraient établis clairement.

Rejette-t-il indistinctement tous les moyens présentés? L'instruction du demandeur tombe d'elle-même, et ce dernier est condamné non-seulement aux dépens de l'incident, mais encore aux dommages-intérêts que l'autre partie réclamerait, et qu'il croirait juste d'allouer.

Admet-il les moyens? Il distingue, s'il y a lieu, entre ceux qui tendent essentiellement à établir la preuve de faux, et il ordonne qu'ils seront joints à l'incident, c'est-à-dire qu'ils deviendront la matière de l'instruction sur le faux, et ceux qui se lieraient plus étroitement avec la demande principale, et alors il les détache de l'incident pour les joindre à cette demande, ainsi qu'il sera plus complétement expliqué sur la *question* suivante.

916. *Quelles sont les circonstances où il y a lieu à joindre les moyens de faux, soit à l'incident de faux, soit à la cause ou procès principal; et, quand cette jonction a été ordonnée, doit-on vider l'incident avant tout jugement, même préparatoire, sur le fond?*

Nous avions, n° 793 de notre *Analyse*, examiné la première partie de cette question, mais en nous bornant à deux observations générales qui nous parurent propres à en fixer la solution dans certaines circonstances données. Quelques développements nous semblent nécessaires pour généraliser et compléter cette solution (2).

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Les juges prononcent souverainement sur la pertinence et l'admissibilité des moyens de faux proposés par le demandeur : leur décision à cet égard ne peut donner ouverture à cassation. (*Cass.*, 11 germ. an IX; *J. Av.*, t. 14, p. 330.) L'arrêt a été rendu sous l'ancienne législation, les principes sur lesquels il se fonde conservent aujourd'hui toute leur force. (*V.* MM. PIGEAU, t. 1, p. 465, et MERLIN, *Questions de droit*, t. 3, p. 537.)

2° Il n'est pas nécessaire, pour que l'inscription de faux incident puisse être admise, que la pièce arguée présente par elle-même des signes extérieurs de dol ou de faux. (Brux., 23 nov. 1825; *J.* de cette Cour, t. 1 de 1826, p. 89.)]

(2) Nous nous exprimions comme suit :

L'esprit de la disposition de l'art. 231 ne peut être bien saisi que par des exemples.

Nous remarquerons avant tout qu'on n'admet les moyens de faux que lorsqu'ils sont de nature à prouver la fausseté de l'acte, et que, pour en venir là, deux conditions sont nécessaires.

Il faut : 1° que le fait que l'on présente comme un *faux* en soit véritablement un ; 2° que les moyens proposés soient pertinents, c'est-à-dire propres à prouver le fait qualifié *faux*. (*V.* le *Comm.*, ci-dessus.)

Quand la première condition manque, les moyens doivent être irrévocablement rejetés : la preuve la plus complète des faits allégués ne pourrait jamais soutenir une inscription qui a besoin, pour ainsi dire, d'être constamment alimentée par l'allégation d'un fait qui soit positivement caractérisé faux par la loi. Sur ce fait, le demandeur peut bien, sans doute, fortifier ses moyens ; mais il ne peut les dénaturer ou en présenter de nouveaux. (Arg., de l'art. 233.)

Quand il ne s'agit que de la seconde condition, on ne doit admettre, il est vrai, que les moyens qui peuvent fournir la preuve du fait *caractéristique ;* mais, s'il en est qui, sans présenter actuellement des indices assez prochains pour servir à la preuve, sembleraient cependant de nature à devenir plus directs par l'examen de ce qui reste à juger, c'est alors le cas de *joindre.*

S'il y a des moyens admis, c'est nécessairement à l'incident qu'il faut joindre et non au fond, parce que les moyens joints ne peuvent jamais être indépendants du faux, et que, par conséquent, il serait contradictoire de joindre au fond, qui ne sera repris qu'après l'incident de faux.

Si, au contraire, on n'admet aucun des moyens, on ne peut plus joindre qu'au fond ; mais alors il faut remarquer, ce que trop d'auteurs ont oublié de faire, qu'après l'examen du fond, et lorsque toute instruction est terminée, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de trouver de nouvelles lumières, il est nécessaire de statuer préalablement sur les moyens de faux, afin de les admettre ou rejeter, d'admettre ou rejeter la pièce, d'admettre ou rejeter la demande en inscription de faux.

Ainsi, par le jugement de jonction au fond, la procédure sur le faux n'est réellement que suspendue ; ce n'est qu'un *tardé de faire droit*, dans l'espoir d'acquérir de nouvelles lumières, sur la *validité et l'admissibilité* des moyens de faux.

Il faut donc revenir à l'inscription ; autrement, elle ne serait pas jugée.

Il est vrai que la loi ne dit pas expressément que l'on doive procéder de la sorte ; mais elle n'a supposé nulle part que le contraire fût possible ; aucun auteur aussi ne l'a supposé : plusieurs, au contraire, affirment cette doctrine (1), que la Cour de Rennes a implicitement consacrée dans l'arrêt du 29

Voici ce que Duparc-Poullain, t. 12, p. 703, sur l'art 29 de l'ordonnance de 1737, disait à ce sujet :

« Premièrement, entre les moyens de faux il peut y en avoir dont la validité ou l'invalidité dépende de l'approfondissement des autres moyens que le juge aurait trouvés pertinents et admissibles. (*V.* 910e *Quest.*) En ce cas, il ne peut, en admettant ceux-ci, ni admettre, ni rejeter les autres ; et il est juste et même indispensable de les joindre à l'incident de faux.

« Secondement, les moyens de faux peuvent, par leur qualité, dépendre du procès principal, de sorte qu'il soit nécessaire ou utile de voir ce procès, pour être en état de juger de leur validité ou invalidité. Alors la jonction au procès principal doit avoir lieu, et l'examen de ce procès, fait en même temps que celui des moyens de faux, mettra les juges en état de prononcer sur l'admission ou le rejet de ces moyens. »

(1) Serpillon s'en exprime formellement sur l'art. 29 de l'ordonnance de 1737, p. 226.

« Lorsque les moyens de faux ont été joints au procès *il faut*, dit-il, y faire droit préalablement, c'est-à-dire les admettre ou les « rejeter, avant de rendre aucun jugement

janvier 1818 (*J. Av.*, t. 14, p. 393), [[*Voy. Q.* 859, à la note.]] lors duquel le ministère public, tout en reconnaissant les moyens de faux inadmissibles, concluait néanmoins à ce qu'ils fussent joints au fond, et la Cour, attendu qu'ils ne pouvaient jamais devenir admissibles, et que, dans le cas même où le livre fût dans la suite rejeté comme suspect, il serait toujours vrai de dire que l'inscription de faux est tombée, rejeta définitivement les moyens sans les joindre, et condamna le demandeur à l'amende et à des dommages-intérêt.

De ces observations, nous concluons, 1° qu'il n'y a lieu à admettre l'inscription qu'autant que les moyens sont de nature à caractériser un fait réellement faux; 2° qu'il n'y a lieu à joindre au fond qu'autant que, les moyens étant d'ailleurs reconnus tels, il paraît qu'ils peuvent être corroborés, quant à leur intensité, par la connaissance du fond; 3° qu'en tous les cas, avant de rien prononcer interlocutoirement, et même préparatoirement sur le fond, l'incident doit être vidé par l'admission ou le rejet des moyens, et, dans le premier cas, par le complément de l'instruction qui doit suivre l'admission (1).

[[Cette théorie est adoptée en toutes ses parties par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 406. M. BONCENNE, t. 4, p. 101 et suiv., après avoir critiqué, avec raison, l'obscure rédaction de l'art. 230, en disant : *il semble qu'on ait choisi tout ce que l'expression a de moins saisissable et de moins défini, pour tracer une ligne de conduite dans la matière la plus grave et la plus rigoureuse*, et après avoir compris dans sa critique les commentateurs même du Code, dont *l'interprétation lui a paru un peu plus abstruse que le texte*, finit par adopter celle de M. Carré, car il se résume en ces termes : « Les moyens qui tendent plus ou moins « directement à la preuve *du fait de la fausseté*, sont admis ou joints à *l'incident.* Ceux dont l'importance n'est pas assez caractérisée pour qu'il soit « indispensable de surseoir à l'instruction originaire, qui peuvent, suivant les « éventualités de la cause, s'y mêler ou même s'y absorber, sont joints *au* « *principal;* bien entendu qu'on y aura en définitive tel égard que de raison. »

Nous ne croyons pas devoir donner plus de développements à ces théories doctrinales qui, dans la pratique, présentent peu de difficulté.]] **Supp. alph.**, V *Faux incident civil*, n. 111.

917. *Le jugement qui prononce l'admission ou le rejet des moyens de faux est-il interlocutoire ou seulement préparatoire?*

Les anciens auteurs le qualifiaient *interlocutoire*, et cette qualification lui appartient encore aujourd'hui, dans le sens que l'art. 452 y attache; car il est évident qu'il préjuge le fond : on peut donc en appeler avant le jugement définitif, conformément à l'art. 451.

[[Nous donnerons notre théorie générale sur la nature des jugements interlocutoires, sous les art. 451 et 452.]]

« *préparatoire* ou définitif sur *la contesta-* « *tion principale*, parce que, s'ils sont *dé-* « *clarés* admissibles, il faut préalablement « instruire *le faux incident.* »

D'autres, avant lui, avaient fait la même remarque. (*V.* ses citations dans ses *Questions de droit*, *ad calcem*, n° 84).

Jousse, sur le même article de l'ordonnance de 1737, pose aussi comme règle générale que, dès qu'il y a une inscription de faux incident, il faut que l'incident soit jugé *avant le principal*, et qu'il y soit fait droit *préalablement.*

Enfin Duparc-Poullain, à l'endroit cité dans la note précédente, suppose clairement qu'on ne peut *joindre* que pour être plus en état de juger ensuite la validité des moyens. « *Alors*, *quand la jonction est ordonnée*, « l'examen du procès, fait en même temps « que celui des moyens de faux, mettra le « juge en état de prononcer sur *l'admission* « ou *le rejet* de ces moyens. »

(1) *Voy.* en outre, sur les circonstances où il y a lieu à joindre les moyens de faux, Pigeau, t. 1, p. 339 et 340; le Commentaire des *Ann. du Notariat*, t. 2, p. 49; Serpillon, art. 29 de l'ordonnance, p. 225, et surtout art. 31, p. 229, 230 et 233.

918. *Lorsqu'au moment du jugement dont il s'agit les juges se trouvent partagés, doit-on procéder conformément à l'art.* 118 *? ou l'opinion qui tend au rejet doit-elle faire jugement parce qu'elle est la plus douce ?*

L'incident en faux est une contestation purement civile : on ne saurait donc s'écarter de la disposition de l'art. 118 du Code de procédure, et appliquer l'art. 583 de celui d'instruction criminelle, sans confondre, dans leur application, des lois d'un ordre différent. (*V. Nouv. Répert.*, aux mots *Inscription de faux* et *Partage d'opinions*, t. 6, p. 146, et t. 9, p. 163 ; enfin les *Quest. de droit*, aux mots *Tribunaux d'appel*, § 5.)

[[Cette solution ne peut souffrir de difficulté.]]

ART. 232. Le jugement ordonnera que les moyens admis seront prouvés, tant par titres que par témoins, devant le juge commis, sauf au défendeur la preuve contraire, et qu'il sera procédé à la vérification des pièces arguées de faux, par trois experts écrivains, qui seront nommés d'office par le même jugement.

Tarif 164. — Ordonn. de 1737, art. 30, et Ordonn de 1670, art. 13. — [Notre Dictionnaire génér. de procéd., v° *Faux incident*, n°s 7, 58, 62, 64, 109 et 111, et *enquête*, n° 8. — Devilleneuve, *cod.*, n°s 59 et 59 *bis*. — Arm. Dalloz, *cod.*, n°s 210 à 215. — Locré, t. 21, p. 455 et 610. — QUESTIONS TRAITÉES : Le tribunal doit-il nécessairement ordonner les trois genres de preuve ? *Q.* 919. — Lorsqu'il s'agit d'attaquer, comme fausses, les énonciations d'un acte authentique, la preuve testimoniale peut-elle être *seule* ordonnée, encore qu'il n'y ait aucun commencement de preuve par écrit, ni altérations matérielles dans le corps de l'acte ? *Q.* 919 *bis*. — Si le tribunal avait ordonné cumulativement les trois genres de preuve, et que le demandeur ne prouvât que par un seul ou deux d'entre eux, cela suffirait-il pour autoriser à déclarer la pièce fausse ? *Q.* 920. — La preuve contraire à celle qui aurait été ordonnée par le jugement est-elle de droit ? *Q.* 921. — Est-il des cas où l'on doit nommer d'autres experts que des experts écrivains ? *Q.* 922. — Quand il n'y a lieu qu'à nommer des experts écrivains, le tribunal doit-il nécessairement nommer des personnes professant l'art de l'écriture ? *Q.* 923. — N'est-ce que par le jugement qui statue sur l'admission des moyens de faux que le tribunal peut prononcer, conformément à l'art. 1319 du Cod. civ., la suspension provisoire de l'exécution de l'acte authentique argué de faux ? *Q.* 924.] (1).

CXC. Le même jugement qui admet les moyens de faux et les joint à l'incident, en ordonne la preuve, conformément à l'article ci-dessus : ainsi, comme dans la vérification d'écriture, on peut cumuler et faire cette preuve par titres, par témoins et par experts ; mais on doit remarquer cette différence, qu'en matière de faux, les experts doivent être nommés d'office par le tribunal, et que les parties, lors même qu'elles s'accorderaient pour les indiquer, n'y seraient pas admises. Le jugement qui contiendrait cette contravention serait évidemment nul, encore bien que l'art. 232 ne prononce pas cette peine. (LOCRÉ, t. 21, p. 455 n° 124.) (2) **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 129.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

La nomination d'un juge-commissaire peut avoir lieu avant que le tribunal ait énoncé les moyens de faux sur lesquels il s'agit d'entendre les témoins. Bruxelles, 9 déc. 1816 : *Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1816, p. 228.]

(2) La raison de cette différence est facile à concevoir.

Dans la vérification d'écriture, les parties peuvent convenir d'experts (art. 196), parce que l'affaire est toute civile ; dans l'inscription, au contraire, ils sont nommés d'office, parce que l'affaire, pouvant devenir criminelle, intéresse l'ordre public, et qu'il y aurait à craindre que les experts nommés par les parties ne fussent dévoués chacun à celle qui l'aurait choisi, et ne cherchassent à pallier le crime. (*V.* PICEAU, t. 1, p. 340, et BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 280, not. 41.)

Il est de principe, en effet, que les parties ne peuvent déroger aux dispositions concernant l'ordre public (*V. Cod. civ.*, art. 6), et qu'en tout état de cause, elles peuvent revenir contre une telle dérogation.

919. *Le tribunal doit-il nécessairement ordonner les trois genres de preuve?*

L'art. 30 de l'ordonnance de 1737, tit. 2, portait que le tribunal ordonnerait les trois genres de preuve, par titres, par témoins ou par experts, *selon que le cas le requerrait.* Serpillon, sur la question de savoir quel genre d'instruction il convenait d'ordonner, renvoyait à ses observations sur l'art. 3 du tit. 1er de la même ordonnance, concernant le faux principal; mais il résultait de cet article que le juge pouvait ordonner, soit les trois genres d'information, soit seulement un seul, sauf, s'il échéait, à en ordonner tel autre par ordonnance postérieure.

Nous estimons que le tribunal doit ordonner conjointement les trois genres de preuve, lorsqu'il s'agit de faux matériel; mais, s'il ne s'agit que de faux moral, il devient sans doute inutile d'ordonner la preuve par experts; il suffit de celle par titres ou par témoins (1).

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 409, enseigne, avec raison, qu'il n'est jamais nécessaire de cumuler les trois genres de preuve. Cet article, dit-il, en déclarant que le juge ordonnera la preuve du faux par titres, témoins, expertises, et en paraissant vouloir que toutes ces voies soient cumulativement employées, n'a entendu prescrire que celles que les circonstances et la nature du faux rendraient utiles et praticables pour la découverte de la vérité; c'est une invitation pour le juge de n'en négliger aucune. Cette doctrine est confirmée par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 17 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 233), qui a décidé qu'une Cour, en ordonnant que le demandeur en faux ne fera la preuve que par experts, ne viole aucune loi au préjudice du défendeur; l'autre, du 29 juillet 1807 (*J. Av.* t. 14, p. 327), qui admet que, lorsque l'inscription de faux a pour objet d'établir qu'un juge ou qu'un suppléant qui ne se trouve pas porté sur la feuille a concouru au jugement, la preuve peut être faite par témoins, et enfin par un troisième arrêt de la même Cour, du 25 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 299), d'après lequel les juges peuvent rejeter une inscription de faux sans être obligés de recourir à une expertise, l'art. 232 du Code de procédure civile ne devant pas être considéré comme contenant une prescription pour eux. Cette solution d'ailleurs résulte nécessairement de la doctrine par nous émise sur les *Quest.* 868 et 890, où nous reconnaissons aux juges un pouvoir facultatif et discrétionnaire pour admettre ou rejeter, en tout état de cause, la demande en faux.

Il est vrai que cette doctrine a été repoussée par la Cour de Nimes, le 1er juillet 1827 (*Mémor.* de M. Tajan, t. 15, p. 229). Mais cet arrêt ne nous paraît pas devoir faire jurisprudence en ce qu'il refuse aux juges le droit de déclarer

---

(1) On sent, au surplus, qu'il n'y a point d'inconvénient à ordonner conjointement les trois genres de preuve ou seulement tel ou tel d'entre eux. Dans le premier cas, les parties n'useront évidemment que de celui qui peut conduire à la découverte de la vérité; dans le second, elles seront toujours à portée de demander à être admises à employer celui qui aurait été omis, de même que le tribunal pourrait l'ordonner d'office. (*V.* 804e et 920e *Quest.*)

[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 409, émet une opinion contraire à celle qui se trouve exprimée dans cette note, et nous croyons que c'est avec raison; il résulte des dispositions de l'art. 231 que la loi veut que tous les moyens soient appréciés par un seul jugement. C'est une différence à remarquer entre la simple vérification d'écriture et l'inscription de faux. L'art. 233 en fournit une autre démonstration. Le 20 février 1836 (*J. Av.*, t. 39, p. 78), la Cour de Bordeaux a jugé, en se fondant sur cet article, qu'après avoir fait admettre le moyen pris de ce que le testament n'aurait pas été dicté par le testateur, on ne peut y substituer celui qu'on tirerait de ce que la dictée aurait été faite hors de la présence des témoins.]

la pièce fausse, si telle est leur conviction, par le jugement destiné à statuer sur l'admission des moyens de faux. Cette décision est le résultat d'une confusion de principes. Sans doute, il y a trois degrés d'instruction à parcourir dans la procédure en faux, savoir l'admission de l'inscription, l'admission des moyens, et le jugement de ces mêmes moyens : il faut pour cela trois jugements définitifs (*V.* les arrêts cités sur la *Quest.* 990), en sorte que, par le jugement qui admet l'instruction, on ne pourrait pas admettre les moyens, comme aussi on ne pourrait pas en admettre la preuve avant de les avoir reconnus pertinents. Mais tout cela suppose que la question de la vérité ou de la fausseté de la pièce est encore en suspens, on ne veut pas que les juges accélèrent la marche à suivre pour arriver à une conviction; si donc cette conviction est déjà acquise par d'autres moyens, les règles que nous venons d'exposer, et qui ont servi de base à l'arrêt que nous critiquons, ne sont plus applicables ; telle est aussi l'opinion de M. BONCENNE, t. 4, p. 108. (*V.* ce que nous avons dit d'analogue sous la *Q.* 890.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 115.

[[**919** bis. *Lorsqu'il s'agit d'attaquer, comme fausses, les énonciations d'un acte authentique, la preuve testimoniale peut-elle être* seule *ordonnée, encore qu'il n'y ait aucun commencement de preuve par écrit, ni altération matérielle dans le corps de l'acte?*

En disant, sur la précédente question, que les juges ne sont pas obligés d'ordonner cumulativement les trois genres de preuve, nous ne nous sommes pas interdit de poser la question actuelle; car nous avons ajouté que la loi entendait prescrire les preuves que la nature du faux rendait utiles ou possibles. Or, la preuve testimoniale est assez souvent proscrite par notre législation; il s'agit donc de savoir si elle doit l'être dans le cas qui nous occupe.

La question s'est présentée devant la Cour de cassation à l'occasion d'une inscription de faux dirigée contre un jugement auquel on prétendait qu'un suppléant avait illégalement concouru, quoique le jugement ne fît mention que de la présence des juges titulaires.

M. Daniels, avocat général, pensa que la preuve testimoniale seule ne suffisait pas pour faire prononcer la fausseté d'un jugement ou d'un autre acte authentique. S'il en était autrement, disait ce docte magistrat, la foi due à ces actes serait à la merci de deux ou trois témoins qui auraient l'impudence ou l'effronterie de donner un démenti outrageant à un tribunal ou à un officier public, en déposant que les faits enseignés dans le jugement ou dans l'acte ne sont pas vrais. Le président et le greffier qui signent un arrêt sont des témoins légaux qui ont prêté serment, et la foi qui leur est due ne peut être balancée par l'attestation de deux ou trois témoins, dont rien ne garantit la moralité, lorsque d'ailleurs, rien ne justifie ni d'un commencement de preuve par écrit, ni d'altérations matérielles dans le corps de l'acte attaqué. Malgré ces raisonnements, la Cour, par son arrêt déjà rapporté du 29 juillet 1807 (*J. Av.*, t. 14, p. 327) décida que la preuve pourrait être faite uniquement par témoins. Le 17 mars 1819 (t. 14 p. 345), la Cour de Riom a jugé le contraire. Nous trouvons la première de ces décisions plus conforme à l'esprit de la loi. Elle a été adoptée par la Cour de Bruxelles, le 23 novembre 1825 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1826, p. 89).

L'art. 232 contient évidemment, dans ses termes, une exception aux principes généraux que M. Daniels voulait faire prévaloir : la preuve testimoniale doit d'ailleurs être admise lorsqu'il a été impossible au demandeur de se procurer la preuve du fait, ce qui a lieu pour le faux; et la preuve testimoniale est toujours admissible en matière de dol, de fraude, *à fortiori* en matière de *faux*.]]

920. *Si le tribunal avait ordonné cumulativement les trois genres de preuve, et que le demandeur ne prouvât que par un seul ou deux d'entre eux, cela suffirait-il pour autoriser à déclarer la pièce fausse?*

Oui, sans doute; le défendeur n'en aurait pas moins satisfait à la loi et au jugement, si, par une seule de ces espèces de preuve, il était parvenu à prouver la fausseté de la pièce inscrite de faux. (*V.* Serpillon, sur l'art. 29 p. 228.)

Ainsi, par exemple, la preuve testimoniale pourrait suffire à défaut de preuve par titres; les moyens pourraient être suffisamment prouvés par témoins. (*Cass.*, 29 juill. 1807; *J. Av.*, t. 14, p. 327.)

[[Point de doute sur la justesse de cette solution.]]

921. *La preuve contraire à celle qui aurait été ordonnée par le jugement est-elle de droit?*

Le silence du jugement à cet égard ne nous paraîtrait pas exclure le défendeur de prouver que la pièce fût véritable, par les moyens donnés au demandeur pour faire la preuve du faux.

Nous croyons donc que cette faculté lui appartient de droit, encore que l'art. 232 ne s'en explique pas aussi formellement que l'art. 256 le fait pour les cas ordinaires. Cela résulte de ce que le tribunal ne pourrait interdire au défendeur la preuve dont il s'agit, puisque la loi veut qu'il ordonne celle à faire par titres et par témoins de la part du demandeur, *sauf au défendeur la preuve contraire.* (*V.* les *Quest.* sur l'art. 256.)

[[La preuve contraire est toujours de droit, dit, avec raison M. BONCENNE, t. 4, p. 109.]]

922. *Est-il des cas où l'on doive nommer d'autres experts que des experts écrivains?*

Oui; et ces cas seraient ceux où il résulterait, des moyens admis par le jugement, des présomptions que le faux aurait été commis à l'aide de procédés chimiques; par exemple, en employant l'acide muriatique oxygéné, à l'effet de faire disparaître l'écriture : on nomme alors des experts pris dans la classe des chimistes. (*V. Prat.*, t. 2, p. 125, not. 1.)

[[Cet exemple est également cité par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 410. D'autres cas peuvent se présenter où il sera utile de nommer des experts d'une autre profession.]]

923. *Quand il n'y a lieu qu'à nommer des experts écrivains, le tribunal doit-il nécessairement nommer des personnes professant l'art de l'écriture?*

La loi, disent M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 178, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 329, n'entend pas désigner exclusivement des maîtres d'écriture; elle indique, par ces mots *experts écrivains*, tout individu qui, sans avoir enseigné, est présumé expert, c'est-à-dire expérimenté dans l'art de l'écriture; par exemple, un notaire, un employé dans un greffe ou dans un bureau d'administration, etc.

Nous croyons bien que le juge n'est pas tellement obligé de nommer des maîtres d'écriture, qu'il ne puisse, s'il en avait des motifs, désigner d'autres personnes : mais il nous semble évident que le législateur a entendu que les premiers soient appelés de préférence; c'est d'ailleurs ce que nous croyons prouvé par l'art. 233, qui autorise les experts à faire les observations qui résulteraient de *leur art.*

[[Il n'y a point d'experts écrivains en titre d'office, dit avec raison M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 409.]]

924. *N'est-ce que par le jugement qui statue sur l'admission des moyens de faux, que le tribunal peut prononcer, conformément à l'art.* 1319 *du Code civil, la suspension provisoire de l'exécution de l'acte authentique argué de faux?*

L'art. 1319 du Code civil ne détermine pas à quelle époque de l'inscription se prononcera cette suspension. Il résulte d'ailleurs de ces expressions, *suivant les circonstances*, que le tribunal peut la prononcer à quelque époque que ce soit, soit après le procès-verbal de l'état de la pièce, si, à son inspection, il la trouve suspecte, soit en admettant les moyens de faux: en un mot, dès que les circonstances sont telles qu'il y ait suspicion: mais c'est le plus ordinairement après l'admission des moyens de faux qu'il y a lieu de prononcer à ce sujet. (*V.*, sur la suspension des actes privés, nos *Quest.* sur l'art. 250.)

[[Cette décision nous paraît juste.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 113, 113 *bis*.

ART. 233. Les moyens de faux qui seront déclarés pertinents et admissibles seront énoncés expressément dans le dispositif du jugement qui permettra d'en faire preuve; et il ne sera fait preuve d'aucun autre moyen. Pourront néanmoins les experts faire telles observations dépendantes de leur art qu'ils jugeront à propos, sur les pièces prétendues fausses, sauf au juge à y avoir tel égard que de raison.

[Ordonn. de 1737, tit. 2, art. 31 — [Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n° 210. — Locré, t. 21, p 611, n. 22. — QUESTION TRAITÉE : De ce que l'art. 233 porte que le tribunal n'aura que tel égard que de raison aux observations des experts qui ne porteraient pas directement sur les moyens énoncés dans le jugement, doit-on conclure, *à contrario*, qu'il sera lié par les avis donnés sur ces moyens? *Q.* 925] (1)

CXCI. C'est une règle générale que tout jugement qui admet une preuve par témoins, doit articuler avec précision chacun des faits qu'il s'agit de prouver. La loi reproduit cette règle dans l'art. 233, et, pour qu'on l'observe avec un soin plus particulier, elle ne permet de faire preuve d'aucun autre moyen que ceux qui, jugés pertinents et admissibles, se trouveront expressément énoncés dans le dispositif du jugement qui permettra d'en faire preuve. Mais cette restriction ne s'étend pas jusqu'à gêner les experts dans leur opération et dans l'expression de leur pensée; ils peuvent toujours, quelque resserré que soit le cercle des moyens énoncés au dispositif du jugement, faire telles observations, dépendantes de leur art, qu'ils jugent à propos, sauf au juge à y avoir tel égard que de raison.

925. *De ce que l'art.* 233 *porte que le tribunal n'aura que tel égard que de raison aux observations des experts qui ne porteraient pas directement sur les moyens énoncés dans le jugement, doit-on conclure,* à contrario, *qu'il sera lié par les avis donnés sur ces moyens?*

Non, sans doute, et nous appliquons ici les motifs de la solution donnée sur la 853e *Question*. (*V.*, en outre, Comment. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 57, et DELAPORTE, t. 1, p. 230.)

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Il est permis aux experts commis pour constater un faux matériel de recourir à des pièces de comparaison, quoiqu'ils n'aient à prononcer que sur une surcharge et un grattage. (Paris, 23 janv. 1811; *S.*, t. 14, 2e part., p. 332, et *J. Av.*, t. 14, p. 369.)]

Si l'art. 233 porte que le tribunal aura *tel égard que de raison* aux observations dépendantes de leur art que les experts pourraient faire, ce n'est uniquement qu'afin de faire connaître qu'il peut les prendre en considération encore bien qu'elles ne soient pas relatives aux moyens admis.

[[Nous avons déjà partagé cette opinion sous la *Quest.* 853. M. FAVARD DE LANGLADE est du même avis, t. 2, p. 563.]]

§ III. — *De l'instruction du faux jusqu'au jugement définitif.* (Art. 234, 240.)

ART. 234. En procédant à l'audition des témoins, seront observées les formalités ci-après prescrites pour les enquêtes; les pièces prétendues fausses leur seront représentées, et paraphées d'eux, s'ils peuvent ou veulent les parapher: sinon il en sera fait mention.

A l'égard des pièces de comparaison et autres qui doivent être représentées aux experts, elles pourront l'être aussi aux témoins, en tout ou en partie, si le juge-commissaire l'estime convenable; auquel cas elles seront par eux paraphées, ainsi qu'il est ci-dessus prescrit.

Ordonn. de 1737, tit. 1er, art. 25, 26, 27, 28 et 29.—Cod. de proc., art 262, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277. — *V. infrà*, sur l'art. 257. — [Notre Dictionnaire gén. de proc., vis *Faux incident*, nos 63, 98, et *enquête*, nos 424, 425, 428, 431, 433, 434, 435 à 439. — Arm. Dalloz, *ibid.* 216 à 220, 222. — Carré, *Comp.*, IIe part., liv. III, tit. 3, sect. 2, édit. in-8°, t. 6, p. 425 à la note 3.—QUESTIONS TRAITÉES : En admettant que la contre-enquête prouvât que l'obligation est fausse, un tribunal pourrait-il prendre cette contre-enquête pour base de sa décision contre la disposition de l'art. 233 du Code de procédure et quoiqu'elle ne se référât à aucun des faits cotés dans le jugement interlocutoire qui a ordonné l'enquête? *Q.* 925 *bis.* — Si les moyens de faux sont fondés sur ce que les témoins instrumentaires d'un testament n'ont pas assisté à la confection entière de cet acte, peut-on prouver ce fait par la déposition même de ces témoins? *Q.* 926.—En sera-t-il de même dans le cas où les témoins instrumentaires auraient à déposer non sur un fait materiel, mais sur un fait qui résulterait du sens à attacher à une expression employée par le notaire dans la rédaction du testament? *Q.* 927. — De ce que l'art. 234 ordonne l'observation des formalités prescrites au titre des enquêtes, s'ensuit-il qu'elles soient, dans ce cas particulier, exigées à peine de nullité? *Q.* 927 *bis.* — Y aurait-il nullité de l'enquête si le juge-commissaire ne représentait pas aux témoins, la pièce arguée de faux? Si ceux-ci ne la paraphaient point? *Q.* 927 *ter.*]

CXCII. Si l'une des parties, ou toutes les deux, veulent faire entendre des témoins, chaque avoué présente sa requête au juge-commissaire, à l'effet d'obtenir l'ordonnance nécessaire, et les témoins sont appelés, reprochés et entendus, conformément aux règles générales prescrites pour les enquêtes. (*V.* le titre suivant). Mais ici la loi prescrit quelques formalités particulières à l'incident de faux.

Elles consistent à présenter aux témoins les pièces arguées; le juge-commissaire examine ensuite s'il n'est pas en outre convenable de mettre sous leurs yeux, soit en tout, soit en partie, les pièces de comparaison et autres écrits qui doivent être représentés aux experts, et, s'il croit ce soin nécessaire la loi l'autorise à le remplir, sous les conditions prescrites par l'article ci-dessus.

[[925 bis. *En admettant que la contre-enquête prouvât que l'obligation est fausse, un tribunal pourrait-il prendre cette contre-enquête pour base de sa décision contre la disposition de l'art.* 233 *du Code de procédure, et quoiqu'elle ne se référât à aucun des faits cotés dans le jugement interlocutoire qui a ordonné l'enquête?*

L'art. 229 prescrit au demandeur de signifier par écrit ses moyens de faux; l'art. 233 veut que le jugement énonce ceux dont il sera permis de faire

preuve : dans une matière qui touche à la réputation autant qu'à la fortune, il faut que le défendeur soit bien fixé sur les moyens qu'on doit faire valoir contre lui, qu'il ne soit jamais pris au dépourvu par des allégations vagues ou imprévues contre lesquelles il n'aurait pas pu se prémunir. C'est donc uniquement dans l'intérêt du défendeur que la disposition de l'art. 233 a été introduite, c'est lui qui a droit de se plaindre et de s'opposer, si le demandeur essaie de glisser dans l'instruction la preuve de moyens nouveaux dont le jugement n'avait point parlé.

Mais cela n'empêche point les juges de chercher, en dehors même de l'instruction, à plus forte raison dans les dispositions de la contre-enquête, des éléments de décision, puisque, d'après ce que nous avons dit sous les *Quest.* 868 et 919, ils auraient même le droit de déclarer la pièce fausse avant toute instruction ; il suffira donc, pour que l'art. 233 ne soit point violé, que le juge par-devant lequel les moyens seront prouvés, ou bien le tribunal, s'il est appelé à donner une décision sur ce point, interdise au demandeur la preuve de moyens nouveaux qu'il aurait à présenter, et lui refuse à cet égard toute production de titres, toute audition de témoins, toute expertise à laquelle le défendeur déclarerait s'opposer. Mais si ce sont les propres témoins du défendeur qui ont fourni cette preuve, il ne peut être admis à se plaindre, et le tribunal ne peut être obligé de renoncer à une conviction déjà formée.]]

926. *Si les moyens de faux sont fondés sur ce que les témoins instrumentaires d'un testament n'ont pas assisté à la confection entière de cet acte, peut-on prouver ce fait par la déposition même de ces témoins ?*

Cette importante question étant controversée parmi les jurisconsultes, nous exposerons d'abord les motifs sur lesquels on appuie la négative.

On insiste sur la foi due aux actes authentiques, — sur la *mission légale* de ceux qui sont appelés à donner, par leur concours, ce caractère aux actes ;— sur leur *défaut de qualité* pour détruire eux-mêmes leur ouvrage ; — sur le danger de leur conférer un pareil pouvoir ; — sur l'irrévocabilité des actes, dont la destruction ne peut dépendre de ceux qui leur ont donné l'existence ; — sur la singulière position dans laquelle se placent des témoins qui, se démentant eux-mêmes, sont dans l'alternative d'avoir été ou d'être parjures ;— enfin, sur le peu de confiance qu'ils inspirent par cela même à la justice, si la cause se plaide au civil, et sur la maxime *non auditur perire volens*, s'ils viennent eux-mêmes s'accuser au criminel.

Et, en effet, alors même qu'on plaide au civil, si les témoins qui viennent se démentir n'ont été *ni surpris ni trompés*, comment échapperont-ils à cette conséquence qu'ils sont, dans toute l'étendue du terme, coupables d'un faux ?

« Le notaire, les parties et les témoins ne peuvent plus détruire, par leurs « déclarations, l'acte qu'ils ont signé, parce que leur foi est engagée *par leur* « *signature*, dit Danty sur Boiceau. » (*Préf.*, n° 33, édit. de 1669.)

« Si un notaire avouait en mourant avoir fait un acte faux, dit Serpillon « (*Cod. crimin.*, p. 915), cette déclaration ne ferait pas une preuve suffisante ; « l'intérêt public s'y opposerait. »

Ce commentateur ajoute, p. 916 : « L'aveu d'un accusé ne ferait pas seul « une preuve suffisante pour le condamner : il faut distinguer entre les aveux « faits en justice et hors justice. »

Il dit, dans son Code du faux, p. 406 : « Les déclarations des notaires ne « forment jamais seules une preuve complète, » et il renvoie à d'AGUESSEAU, 4, p. 185.

Mais il est à remarquer que d'Aguesseau n'admet pas cette proposition

« Qu'on n'abuse pas, dit-il, de la maxime commune qui ne reçoit pas les « déclarations des officiers publics, lorsqu'elles sont contraires à leurs actes; « cette maxime est véritable, pourvu qu'on la renferme dans ses bornes légi- « times. Ces déclarations ne forment jamais, seules et par elles-mêmes, une « preuve complète; mais elles forment souvent des conjectures puissantes, « des commencements de preuve que l'on ne peut absolument rejeter. »

Domat (*Lois civ.*, liv. 3, tit. 6, sect. 2, n° 7), affirme qu'on ne recevrait pas les témoins d'un acte en forme à dire le contraire.

Cette doctrine est également celle du président Favre. (*Cod. ad. leg. corn., de falsis.*)

Enfin M. Merlin, dans ses *Quest. de droit*, v° *Témoins*, § 3, 2e edit., p. 179, examine la question qui nous occupe, et la résout négativement. (*V.* en outre *Nouv. Denisart*, au mot *Faux*, t. 8, p. 458.)

Tels sont les moyens que l'on fait valoir pour la négative de la question.

Mais il faut convenir, en analysant les différentes autorités citées, que, si les déclarations des notaires et des témoins ne peuvent seules détruire les actes qu'ils ont rendus authentiques (*V.* arrêts de Paris, du 5 juin 1817, *S.*, t. 18, 2e part., p. 35, et de Riom, 19 mars 1819, t. 19, 2e part., p. 260, et *J. Av.*, t. 14, p. 345 (1)), néanmoins les témoins peuvent être admis à déposer en justice sur le faux ainsi que la Cour de cassation l'a décidé, par arrêt du 1er avril 1808, également rapporté par *S.*, t. 7, 2e part., p. 1226.

Le danger d'une pareille rétractation doit, en effet, porter à présumer que la force de la vérité et le remords seuls ont pu arracher un pareil aveu, et cette considération peut concourir à faire admettre leurs dépositions pour corroborer les preuves d'ailleurs acquises.

Mais nous n'entendons appliquer qu'aux témoins qui auraient signé l'acte cette décision que, si l'on ne doit pas rejeter absolument leurs déclarations, du moins elles ne font pas une preuve complète; c'est ce que la Cour de Paris a jugé, par l'arrêt de 1817 ci-dessus cité.

A l'égard de ceux qui n'ont point signé, soit qu'ils sussent, soit qu'ils ne sussent pas signer, leur foi n'a point été engagée, et, par conséquent, leur déclaration n'étant point accompagnée du danger qui existe quand des témoins viennent démentir leurs signatures, il nous semble qu'ils doivent être entendus avec la même confiance que des témoins ordinaires.

Peu importe que le notaire ait mentionné qu'ils ont déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer, puisque cette mention ne serait pas moins mensongère sur ce point que sur le fait de leur présence à la confection de l'acte

A la vérité, aux termes de l'art. 974 du Code civil, il suffit que deux des quatre témoins sachent signer pour que le testament soit valable, et deux témoins non véridiques pourraient, par un semblable démenti, compromettre un notaire supposé de bonne foi.

Mais qu'en conclure? Que le notaire fera bien d'employer des témoins qui puissent être liés par leur signature : la prudence le conseille.

Qu'on doive refuser péremptoirement d'admettre les dépositions de ces témoins, non sans doute; car s'il convient, dans l'intérêt de la vérité, de ne pas négliger le témoignage de *ceux-là même qui auraient signé*, parce qu'ayant été *surpris ou trompés*, ils pourraient faire une déclaration contraire aux dis-

---

(1) Par arrêt du 17 décembre 1818 (*S*, t. 19, 1re part., p. 284, et *J. Av.*, t. 14, p 343), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en se fondant, non pas sur le motif que les témoins ne pouvaient être entendus, mais sur ce que la Cour de Paris n'avait violé aucune disposition expresse de la loi, en prononçant d'après la considération que les deux assertions de ces témoins uniques ne lui fournissaient pas une preuve suffisante du faux.

positions de l'acte, il doit en être de même, à plus forte raison, de ceux qui lient avoir été présents à sa confection (1).

[[A l'époque où écrivait M. Carré, cette question était encore controversée sérieusement, parce que les raisonnements, purement de considération, des anciens auteurs conservaient encore un certain empire. Les parlements avaient pensé qu'il y avait une espèce d'immoralité dans des dépositions de cette nature. Comme le disait éloquemment M. l'avocat général Séguier : « *A l'instant même où le témoin ouvre la bouche pour déposer contradictoirement au testament qu'il a signé, il se place dans l'alternative inévitable d'être ou d'avoir été un parjure.* »

Mais toutes ces raisons et bien d'autres encore disparaissent devant le texte de nos Codes. Pour être reproché, il faut qu'un témoin soit reprochable, et aucun article du Code de procédure n'élève un motif de reproche contre le notaire ou les témoins signataires d'un acte; la conséquence rigoureuse doit nécessairement être que ce notaire et ces témoins ne sont pas reprochables. Cette doctrine est consacrée par les arrêts de la Cour de cassation des 12 juillet 1825 (*S.*, 26-1-310), et 12 août 1834 (*J. Av.*, t. 50, p. 293), par ceux des Cours de Caen du 15 janvier 1823 (t. 25, p. 21), de Paris, 11 avril 1832 (t. 43, p. 683), de Bruxelles, 12 mai 1824 (*Journ.* de cette Cour, 1824, t. 2, p. 167). et 16 mars 1833 (*J. des Not.*, t. 46, p. 40); elle résulte aussi implicitement d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1812 (*J. Av.*, t. 11, p. 121), d'un autre de la Cour de Rennes du 18 avril 1816 (t. 11, p. 157), d'un troisième de la Cour de Metz du 8 mars 1821 (t. 11, p. 181), et enfin d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 février 1830 (t. 39, p. 78), qui tous décident qu'on ne peut reprocher, comme ayant donné des certificats sur les faits relatifs au procès, les témoins instrumentaires de l'acte à l'occasion duquel l'enquête est ordonnée. (*V.*, au titre *Des Enquêtes*, d'autres décisions citées sous notre *Question* 1114 *bis*.)

Cependant l'opinion contraire a été adoptée par la Cour de Toulouse, le 26 mai 1829, et par celle de Douai, le 9 décembre 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 301 et 324). Cette dernière Cour néanmoins se borne à dire que les témoins d'un acte authentique ne peuvent, *par leurs seuls témoignages*, ce qui est une question de fait et d'appréciation, prouver la fausseté de cet acte. La Cour de Toulouse est plus absolue, et, quoique, le 4 février 1820 (*Mém.* de M. Tajan, t. 1, p. 198), elle eût admis les témoins instrumentaires à déposer contre la teneur de l'acte qu'ils avaient souscrit, pour prouver qu'il était le résultat de la fraude, de la captation de la suggestion, en 1828 elle refuse de les entendre. Elle se fonde sur ce qu'il serait d'une profonde immoralité (le motif des anciens auteurs) d'admettre pour témoins, à l'effet de détruire un acte de dernière volonté, ceux-là même qui, par leur souscription à cet acte en ont attesté la sincérité. Enfin, le 12 mars 1838, la Cour de cassation, sur le rapport du profond M. Lasagni, a rendu un arrêt de doctrine qui ne permet plus le doute (*S.*, 38-1-206, et *J. P.*, t. 1er de 1838, p. 400). En voici les motifs :

« Attendu, en droit, que les juges peuvent admettre à déposer, tant en matière civile, qu'en matière criminelle, tous les témoins qu'aucune loi expresse ne repousse;

« Attendu que, dans le cas où un testament est incriminé de faux, aucune loi ne repousse les témoins instrumentaires;

« Attendu que, le pouvoir d'admettre à déposer les témoins testamentaires une fois reconnu aux juges, c'est à eux, à eux seuls, qu'il appartient d'ap-

(1) *Voy.*, sur cette question, les conclusion de M. Goux, aux *Questions de droit suprà*, le *nouveau Répert.*, dernière édition, t. 13, p. 405, et le Traité de M. Toullier, t. 9, n° 311.

précier la portée et les résultats de leur déposition, de manière qu'ils peuvent, sur cette déposition unique, et sans le concours d'aucun autre élément de preuve, déclarer la nullité du testament;

« *Cùm vix nisi per testes falsitas probari possit, magis est ut testibus instrumentariis quàm notario vel instrumento credatur, si vel omnes, vel majori ex parte ab instrumentis scripturæ dissentiant.* Le président Favre, dans son Code, « tit. 4, *ad legem corneliam de falsis.* Dis. 3.

« Qu'à la vérité, les juges ne doivent user de ce pouvoir qu'avec une extrême circonspection, dans des cas tout-à-fait particuliers et ainsi fort rares : car, s'il est possible que les dépositions judiciaires assermentées par lesquelles les témoins testamentaires rétractent ce qu'ils ont précédemment certifié par leur signature dans le testament ne soient qu'un hommage franchement rendu à la vérité, il est possible aussi qu'elles soient l'effet de la surprise et de la subornation. Mais le refus absolu fait aux juges du pouvoir d'apprécier ces dépositions pourrait donner lieu à des conséquences désastreuses pour des tiers, auxquels, malgré leur intérêt, il pourrait être impossible de se procurer, hors les témoins instrumentaires eux-mêmes, aucun élément pour prouver le faux dont le testament est entaché. »

M. BONCENNE, t. 4, p. 112 à 126, donne une nouvelle vie à cette discussion près de s'éteindre, trace de nombreux exemples qui rendent désormais toute objection impossible, et il termine en rendant hommage en ces termes à l'arrêt du 12 mars : « *Cet arrêt offre un résumé parfait des préceptes du droit et des conseils de la sagesse; il concilie et la loi qui ne permet pas d'exclure les témoins qu'elle n'a point expressément déclarés reprochables ou incapables, et la justice qui veut une entière liberté pour peser les témoignages.* »

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 413, enseigne la même opinion que nous vons également relevée dans une consultation délibérée à Rennes, le 24 juin 822, par les deux célèbres jurisconsultes unis par la science et par l'amitié, MM. Toullier et Carré.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 120.

927. *En sera-t-il de même dans le cas où les témoins instrumentaires auraient à déposer, non sur un fait matériel, mais sur un fait qui résulterait du sens à attacher à une expression employée par le notaire dans la rédaction du testament?*

Pour l'intelligence de cette question, nous établirons cet exemple :

Une partie se pourvoit en nullité contre un testament, parce qu'elle maintient qu'il a été faitpar *interrogat.* (*V.* TOULLIER, 5e édit., t. 5, n° 410 et suiv.; *Répert.*, v° *Testament*, etc.) On oppose qu'elle doit s'inscrire préalablement en faux, parce que le notaire a mentionné que le testament a été *dicté;* ce qui exclut toute idée de l'interrogat. Nous pensons que la déposition des témoins instrumentaires devrait, dans l'instruction sur le faux, faire pleine foi, nonobstant cette qualité. En effet, ce que nous avons dit ci-dessus suppose une circonstance sur l'existence de laquelle la religion de ces témoins ne peut avoir été surprise, comme s'il était question, par exemple, de prouver qu'ils n'eussent pas été présents à l'acte, quoique leur signature attestât le contraire. Mais lorsqu'il s'agit d'un point qui suppose des connaissances que les témoins n'ont pas toujours, et sur lequel leur bonne foi a pu être surprise, il ne serait pas raisonnable de leur refuser une confiance dont ils n'ont pu, sous aucun rapport, se rendre indignes par un fait qui leur fût personnel : et, pour suivre l'exemple ci-dessus proposé, nous dirons qu'on ne doit pas supposer généralement que des témoins sachent qu'un testament fait par *interrogat* est nul. Ne peuvent-ils pas penser que peu importe la manière dont le testateur fait connaître son intention? Sont-ils à même d'apprécier le sens de l'exception *dictée* dont le notaire fait usage? Non, pour l'ordinaire. Ainsi donc, si les

témoins ne peuvent, par état, être supposés capables d'avoir apprécié les termes dont le notaire s'est servi, leur témoignage doit être admis.

[[Cette solution résulte *à fortiori* de celle que nous avons donnée à la *Quest.* 926.]]

[[**927** bis. *De ce que l'art.* 234 *ordonne l'observation des formalités prescrites au titre des enquêtes, s'ensuit-il qu'elles soient, dans ce cas particulier, exigées à peine de nullité?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 413, se prononce pour la négative. M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 467, embrasse au contraire l'affirmative. Le premier se fonde, 1° sur la différence entre la rédaction de l'art. 234, et celle de l'art. 212, au titre de la vérification d'écritures. L'art. 212 dit qu'il faut observer *les règles* des enquêtes, l'art. 234 parle *des formalités*. Or, la peine de nullité prononcée par quelques articles du titre des enquêtes est bien une règle, mais non une formalité; 2° sur cette considération que la procédure en faux ayant pour but ou pour résultat probable la poursuite d'un crime, on doit se montrer moins sévère sur les moyens de preuve. Le tribunal qui sera convaincu, par l'ensemble des dispositions, de la fausseté de l'acte, devra-t-il néanmoins le déclarer véritable, et s'abstenir de renvoyer le coupable devant la justice criminelle, parce qu'il y aura eu quelque faute commise dans une enquête?

M. Pigeau soutient que les nullités doivent être appliquées, quoique l'art. 234 ne les prononce pas. Il n'était pas nécessaire que cet article s'en expliquât, puisqu'il renvoyait d'une manière générale aux dispositions qui s'en occupent et qui sont faites pour tous les cas où l'on prouve par témoins. Nous ne pouvons pas adopter l'opinion de M. Thomine, qui jetterait la procédure dans un vague et un arbitraire que rien ne nous semble autoriser.]]

[[**927** ter. *Y aurait-il nullité de l'enquête si le juge-commissaire ne représentait pas aux témoins la pièce arguée de faux? Si ceux-ci ne la paraphaient point?*

Non : puisque la nullité n'est prononcée par notre article, ni dans l'un ni dans l'autre cas. La Cour de Bordeaux l'a jugé ainsi, pour le premier cas, le 26 janvier 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 303), et la Cour de Bruxelles pour le second, le 12 mai 1824 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1824, p. 167). M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 468, se prononce dans le même sens que ce dernier arrêt. *Voy.*, cependant, l'opinion contraire de M. Carré, *Quest.* 929.]]

ART. 235. Si les témoins représentent quelques pièces lors de leurs dépositions, elles y demeureront jointes, après avoir été paraphées, tant par le juge-commissaire que par lesdits témoins, s'ils peuvent ou veulent le faire, sinon il en sera fait mention; et, si lesdites pièces font preuve du faux ou de la vérité des pièces arguées, elles seront représentées aux autres témoins qui en auraient connaissance, et elles seront par eux paraphées, suivant ce qui est ci-dessus prescrit.

Ord de 1737, tit. 1, art. 40. — [Arm. Dalloz, vo *Faux incident*, no 222.—Locré, t. 21, p. 456, no 125.— QUESTIONS TRAITÉES : L'enquête doit-elle précéder les opérations des experts? *Q.* 928. — Le juge-commissaire doit-il absolument mentionner dans son procès-verbal, l'exécution des formalités prescrites par les art 234 et 235, relativement à la présentation des pièces, et au paraphe que les témoins doivent y apposer? *Q.* 929. — Si les témoins représentent quelques pièces, lors de leur déposition, le juge-commissaire doit-il constater ce fait, faire la description de ces pièces et les parapher avec le témoin qui les produit? *Q.* 930. — Les pièces ne doivent-elles être représentées qu'à ceux des témoins qui seraient entendus après leur remise? *Q.* 931.]

CXCIII. Il est sensible que les dispositions de cet article ont pour but d'obtenir des témoins les renseignements et explications qu'ils pourraient avoir à donner sur les pièces qui auraient été représentées par quelques-uns d'entre eux.

928. *L'enquête doit-elle précéder les opérations des experts?*

C'est ce qui paraît résulter du § 2 de la deuxième disposition de l'art. 236, puisqu'il porte que, dans le cas où les témoins auraient joint des pièces à leur déposition, la partie pourra requérir, et le juge-commissaire ordonner qu'elles seront représentées aux experts.

[[Quoique cette conséquence nous paraisse logique, ainsi qu'à MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 414, et BONCENNE, t. 4, p. 128, nous ne pensons pas toutefois que cet ordre soit prescrit à peine de nullité.]]

929. *Le juge-commissaire doit-il absolument mentionner, dans son procès-verbal, l'exécution des formalités prescrites par les art. 234 et 235, relativement à la présentation des pièces et au paraphe que les témoins doivent y apposer?*

L'observation rigoureuse de ces formalités tient tellement à la nature des choses que, si on ne les remplissait pas, le défendeur serait autorisé à faire rejeter la déposition des témoins. De là résulte, selon nous, la nécessité de mentionner qu'elles ont été remplies; car, si l'on négligeait de le faire, il en résulterait une présomption légale qu'elles ne l'auraient pas été. (*V.* Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 60 et 62, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 231.) [[Telle n'est pas notre opinion. *V. suprà, Quest.* 927 *ter.*]]

930. *Si les témoins représentent quelques pièces, lors de leur déposition, le juge-commissaire doit-il constater ce fait, faire la description de ces pièces et les parapher avec le témoin qui les produit?*

L'art. 236, voulant que les pièces dont il s'agit soient représentées aux experts, suppose nécessairement que l'on constatera leur nature et leur identité, en en faisant la description et en les paraphant. (*V.* le Comment. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 61.)

[[Ce mode de procéder nous paraît très naturel.]]

931. *Les pièces ne doivent-elles être représentées qu'à ceux des témoins qui seraient entendus après leur remise?*

Après ces mots de l'art. 235, *qui en auraient connaissance*, le projet ajoutait, *et qui seraient entendus depuis la remise desdites pièces.* Cette disposition fut retranchée sur les observations de la section du tribunat, attendu qu'il pourrait arriver, soit que les témoins qui représenteraient les pièces seraient entendus les derniers, soit que les témoins précédemment entendus auraient connaissance de ces mêmes pièces. Par suite de ce retranchement, les pièces dont il s'agit dans l'art. 235 doivent être représentées à tous ceux des témoins qui ne les auraient pas produites, mais qui pourraient en avoir connaissance. C'est donc au demandeur à requérir et au juge-commissaire à ordonner la nouvelle audition des témoins qui pourraient avoir connaissance des pièces jointes, ou la représentation de ces mêmes pièces aux témoins précédemment entendus. (LOCRÉ, t. 21, p. 456, n° 125.)

[[Nous partageons cette opinion, que professe aussi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 468.]]

ART. 236. La preuve par experts se fera en la forme suivante :

1° Les pièces de comparaison seront convenues entre les parties, ou indiquées par le juge, ainsi qu'il est dit à l'art. 200, titre *de la Vérification des écritures.*

2° Seront remis aux experts, le jugement qui aura admis l'inscription de faux; les pièces prétendues fausses; le procès-verbal de l'état d'icelles; le jugement qui aura admis les moyens de faux et ordonné le rapport d'experts; les pièces de comparaison, lorsqu'il en aura été fourni; le procès-verbal de représentation d'icelles, et le jugement par lequel elles auront été reçues. Les experts mentionneront dans leur rapport la remise de toutes les pièces susdites, et l'examen auquel ils auront procédé, sans pouvoir en dresser aucun procès-verbal; ils parapheront les pièces prétendues fausses.

Dans le cas où les témoins auraient joint des pièces à leur déposition, la partie pourra requérir et le juge-commissaire ordonner qu'elles seront représentées aux experts.

3° Seront, au surplus, observées audit rapport les règles prescrites au titre *de la Vérification des écritures.*

Ordonn. de 1737, tit. 1er, art. 23 *in fine*, et tit. 2, art. 33, 35, 36 et 39.—Cod. de proc., art. 193 et suiv. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Faux incident*, n° 14.— Devilleneave, *eod.*, n° 60.—Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 223 à 227.—Carré, *Comp.*, IIe part., liv. III, tit. 3, sect. 2, édit. in-8°, t. 6, p. 425 à la note 3. — QUESTIONS TRAITÉES : Doit-on appliquer à l'inscription de faux les dispositions des art. 201 et suiv., relatives à l'apport et à l'envoi des pièces par les dépositaires? *Q.* 932. — Quel est le procès-verbal de présentation des pièces de comparaison dont la seconde disposition de l'art. 236 ordonne la remise aux experts? *Q.* 933. — De ce que l'art. 236 porte qu'on remettra aux experts le jugement par lequel les pièces de comparaison auront été reçues, doit-on conclure qu'en matière d'inscription le juge-commissaire ne puisse jamais recevoir ces pièces? *Q.* 934. — Si la partie intéressée ne requérait pas que les pièces que des témoins auraient jointes à leurs dépositions fussent représentées aux experts, le juge-commissaire pourrait-il l'ordonner d'office? *Q.* 935.—L'inscription de faux est-elle admissible contre les pièces produites pour servir de comparaison pendant le cours d'une instance en faux incident civil? *Q.* 935 *bis.*]

CXCIV. En matière de faux, comme lorsqu'il s'agit de simple vérification d'écriture, l'expertise est d'ordinaire l'opération principale qui conduit à l'appréciation du mérite de la pièce. La loi, dans l'article ci-dessus, indique tous les préliminaires à remplir pour mettre les experts en état de procéder à cette opération en entière connaissance de cause.

932. *Doit-on appliquer à l'inscription de faux les dispositions des art.* 201 *et suivants, relatives à l'apport et l'envoi des pièces par les dépositaires?*

Oui, quoique l'art. 236 ne parle que du choix des pièces de comparaison et ne renvoie qu'à l'art. 200 du titre de la vérification. Déjà nous avons manifesté cette opinion sur la 905e *Quest.*, et nous ferons observer ici qu'elle trouverait un appui dans l'art. 33 du tit. 2 de l'ordonnance de 1737. (*V.* Serpillon sur cet art., p. 236, le Comment. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 66; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 179, et nos *Quest.* sur les art. 201 et suiv., p. 335.)

[[Nous approuvons cette décision; M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 415, est également de cet avis.]]

933. *Quel est le procès-verbal de présentation des pièces de comparaison, dont la seconde disposition de l'art.* 236 *ordonne la remise aux experts?*

C'est celui qui constate la remise de ces pièces au greffier par les dépositaires. (*V.* M. PIGEAU, t. 1, p. 343.)

[[Conséquence et confirmation de la solution précédente.]]

934. *De ce que l'art.* 236 *porte qu'on remettra aux experts le jugement par lequel les pièces de comparaison auront été reçues, doit-on conclure qu'en matière d'inscription le juge-commissaire ne puisse jamais recevoir ces pièces?*

Nous avons dit, sur la 815e *Quest.*, p. 328, que, dans le cas où les parties ne convenaient pas à l'amiable des pièces de comparaison, le juge-commissaire pouvait en matière de vérification d'écriture, déclarer, par une ordonnance, quelles seraient celles qui seraient admises.

Mais nous avons fait observer, sur la 827e *Quest.*, p. 333, qu'il pouvait référer au tribunal des contestations des parties, et que celles-ci étaient fondées, d'ailleurs, à se pourvoir contre son ordonnance.

Nous remarquerons que M. PIGEAU, t. 1, p. 308, dit à ce sujet « Que si les parties ne sont pas d'accord entre elles sur les pièces qui serviront à la comparaison, *le juge-commissaire* indique parmi celles présentées les plus propres à la vérification. »

Ainsi, la solution donnée sur la 815e *Quest.*, se trouverait appuyée de l'avis de cet auteur, dont le suffrage est sans contredit d'un grand poids.

Mais en traitant du faux incident civil, M. Pigeau, p. 343, s'attache aux termes de l'art. 236, portant que le jugement par lequel les pièces de comparaison auront été reçues *sera remis aux experts*, et il ajoute : « Ce jugement n'est nécessaire que lorsque les parties ne se sont pas accordées; alors, comme on doit suivre les règles de la vérification d'écritures, c'est *au juge à les indiquer*, suivant l'art. 200; et, par *juge*, on n'entend point le commissaire, mais le tribunal, puisque cet article (l'art. 236) exige un jugement, et que le commissaire ne rend que des ordonnances : en sorte que, si les parties ne s'accordent pas, le commissaire ordonne qu'il en sera référé par lui tel jour; et, le jour arrivé, le tribunal, sur son rapport, indique les pièces. »

On pourrait croire que M. Pigeau serait ici tombé en contradiction avec ce qu'il établit en expliquant le titre des vérifications d'écriture; mais on remarquera, sans doute, que, s'il substitue, dans le passage que nous venons de rapporter, *le tribunal* au *juge-commissaire*, c'est à raison des expressions de l'art. 236, qui font l'objet de la question qui nous occupe. Il pense, en conséquence, qu'en matière de vérification, c'est au juge-commissaire à indiquer les pièces; mais qu'en matière de faux, c'est au tribunal qu'il appartient de faire cette indication.

Nous ne croyons pas devoir adopter cette opinion, quoique nous convenions que les termes de l'art. 236 paraissent la supposer (1).

---

(1) Remarquons d'abord que, parmi nos auteurs, M. Pigeau est le seul qui l'ait établie.

M. LEPAGE, dans ses *questions*, p. 178, maintient, au contraire, qu'il ne faut pas conclure de l'art. 236, qu'avec le procès-verbal de présentation des pièces de comparaison il y ait nécessairement un jugement qui les déclare reçues; mais seulement que s'il a été rendu un jugement de cette nature, on doit le remettre aux experts.

M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 180, dit qu'on remettra aux experts les pièces de comparaison, s'il y en a, et le jugement ou ordonnance qui les a reçues.

Enfin M. DELAPORTE, t. 1, p. 235, et les

Le principal motif qui nous porte à la rejeter, c'est que l'ordonnance de 1737 (V. tit. 1, art. 19, et tit. 2, art. 36) portait expressément que le juge-commissaire réglerait ce qu'il appartiendrait sur l'admission ou le rejet des pièces de comparaison, à moins qu'il ne jugeât à propos, comme nous l'avons dit sur la 827e *Quest.*, d'ordonner qu'il en serait par lui référé au tribunal.

Aussi l'art. 39 du tit. 2, correspondant à notre art. 236, portait-il qu'on remettrait aux experts *l'ordonnance* ou le jugement qui aurait admis les pièces.

Qu'il soit vrai que le Code de procédure ne s'exprime pas d'une manière aussi précise, du moins devra-t-on remarquer qu'en général il a entendu adopter (V. *Exposé des motifs* par le conseiller d'Etat Treilhard, édit. de Didot, p. 95), et qu'il reproduit, en effet, à l'égard de l'inscription, les dispositions de l'ordonnance de 1737 : on ne peut donc croire, lorsqu'il ne s'est pas exprimé d'une manière formelle, qu'il ait entendu s'en écarter. D'ailleurs, cette faculté, que nous disons appartenir au juge-commissaire, d'indiquer les pièces de comparaison, paraît être dans l'esprit de ce Code, d'après la conférence de ses différents articles.

Nous persistons, en conséquence, à penser qu'il ne peut y avoir de jugement qui prononce sur l'admission des pièces que dans les cas que nous avons indiqués sur la 827e *Quest.*; ou encore, comme le dit M. Lepage, dans celui où, le défendeur n'ayant pas comparu devant le juge-commissaire pour convenir des pièces de comparaison, le tribunal refuserait de rejeter la pièce, en ordonnant la vérification, et désignerait celles qui serviraient de comparaison.

Ce sera donc ou l'ordonnance du juge-commissaire, ou le jugement rendu dans ces différentes circonstances, dont la remise sera faite aux experts, conformément à l'art. 236.

[[Outre les autorités déjà citées par M. Carré à l'appui de son opinion, que nous croyons évidente, on peut voir dans le même sens, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 564, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 415. Au reste, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, 469, avoue que les parties pourront convenir elles-mêmes des pièces de comparaison.]]

935. *Si la partie intéressée ne requérait pas que les pièces que les témoins auraient jointes à leur déposition fussent représentées aux experts, le juge-commissaire pourrait-il l'ordonner d'office ?*

Oui, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 68; et ils fondent leur opinion sur ce que le juge-commissaire doit chercher tous les moyens d'éclairer le tribunal sur le jugement qui devra intervenir, et, par conséquent, donner aux experts tous les secours possibles pour se décider dans le rapport qu'ils doivent faire.

Telle est aussi notre opinion : si la seconde partie de la deuxième disposition de l'art. 236 exige une réquisition de la personne intéressée, c'est, selon nous, pour faire connaître que le juge-commissaire ne sera pas obligé d'ordonner la représentation d'office, mais non pour lui interdire la faculté de représenter

---

auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du notariat*, t. 2, p. 66 et 67, s'expliquent avec plus d'étendue sur cette difficulté, et concluent en disant que le vœu de l'art. 236 est qu'on remette aux experts l'ordonnance du juge-commissaire qui a indiqué les pièces, *ou le jugement, quand le tribunal, soit sur le rapport du juge-commissaire, soit sur tout autre incident, a eu occasion de décider quelles seraient les pièces de comparaison.*

les pièces aux experts, lorsqu'il le jugera convenable pour l'instruction d'une affaire qui d'ailleurs intéresse l'ordre public sous plusieurs rapports. Au surplus il pourrait en référer au tribunal qui, sur les conclusions du ministère public, aurait incontestablement le droit d'ordonner cette représentation. (*V.* nos *Quest.* sur les art. 207, 200, 209 et 210.)

[[Solution fort juste, qui est aussi donnée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 415.]]

[[**935** bis. *L'inscription de faux est-elle admissible contre les pièces produites pour servir de comparaison pendant le cours d'une instruction en faux incident civil?*

M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 281, not. 46, cite un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1807, comme ayant décidé que les pièces produites pour servir de comparaison ne peuvent pas être arguées de faux pendant le cours de l'instruction, et qu'il faut pour cela attendre la décision du fond. Ce savant professeur se contente d'indiquer cet arrêt rapporté dans la *Jurisprudence du Code de procédure*, t. 1, p. 102, et ne donne pas son opinion personnelle sur cette intéressante question. Nous le regrettons d'autant plus que, quelques efforts que nous ayons faits pour rattacher cet arrêt à la question que l'on prétend qu'il a jugée, nous n'avons pu y réussir. Au surplus, voici dans quelles circonstances il a été rendu, et dans quels termes il est conçu :

Après le décès de Marguerite Amien, en nivôse an VI, ses héritiers recueillaient ses biens, lorsque le notaire Guiraudios s'en prétend propriétaire. Il se fonde sur une vente sous seing privé, souscrite en sa faveur par la défunte en 1793. Les héritiers s'inscrivent en faux incident contre cet acte ; Guiraudios produit, comme pièce de comparaison, un testament mystique souscrit, selon lui, par la défunte. Aussitôt les héritiers s'inscrivent en faux contre cet acte. Réponse de Guiraudios que cette voie n'est pas admissible contre une pièce de comparaison. — Arrêt de la Cour de Toulouse, prononçant en ce sens sur le fondement, à ce qu'il paraît, que l'ordonnance de 1737 n'ouvre la voie de l'inscription de faux que contre les actes et titres signifiés et produits au procès principal, et dans le cours de la procédure, qu'elle ne s'étend point aux pièces de comparaison. — Pourvoi en cassation, et, le 22 juin 1807, arrêt de la Cour de cassation, section civile, ainsi conçu : La Cour, «Considérant que, pendant le cours de l'instruction sur le faux reproché à l'acte de vente, Guiraudios pouvait, comme tout défendeur en matière civile, faire une contre-enquête, produire des pièces de comparaison sauf contredit, et récuser les experts, s'il y avait lieu ; que l'arrêt attaqué s'est conformé à l'article 535 du Code des délits et des peines, qui veut que le faux incident soit poursuivi civilement ; rejette. »

Nous le répétons, nous avons peine à comprendre quelle relation existe entre cet arrêt et la question qui était à juger ; et la question nous semble rester entière, avec toute sa difficulté, nonobstant cet arrêt, moins encore parce qu'il a été rendu avant la publication de notre Code actuel de procédure, que parce qu'il ne contient véritablement aucun motif dont on puisse se faire un argument, si l'occasion se présentait. Cependant, s'il faut en croire le rédacteur du seul Recueil où nous ayons trouvé cet arrêt, la discussion avait de part et d'autre porté uniquement sur le point de savoir si les pièces de comparaison pouvaient être arguées de faux. Il y a nécessité, disait-on, si l'on veut que la comparaison soit de quelque secours, de fixer d'abord le caractère de la pièce, à l'aide de laquelle on veut l'établir, et de déterminer quelle confiance y peut être ajoutée ; on ne peut donc pas se dispenser d'admettre l'inscription de faux. On répondait, pour soutenir la négative, que, si un pareil système était

adopté, on ne pourrait jamais mener à terme une procédure en faux incident, parce que la partie intéressée à prolonger cette instruction s'inscrirait en faux contre toutes les pièces de comparaison, d'où l'on concluait que la pièce de comparaison, si elle était authentique, devait être admise, du moins provisoirement, sauf à la partie, si elle le voulait, à s'inscrire en faux contre cette pièce après la décision de l'incident, et, en cas de succès, à faire rétracter le premier jugement intervenu sur le fond, par voie de requête civile. — Il paraît que cette dernière opinion a été embrassée par M. Daniels, avocat-général, qui concluait au rejet, et c'est, sans doute, une puissante raison pour que l'on hésite à la combattre. — Cependant nous ne pouvons la partager, car nous ne voyons rien dans la loi qui justifie le sens restrictif qu'elle tendrait à donner à l'art. 214 Cod. proc. civ.; cet article, ni aucun autre, que nous sachions, ne distingue entre les pièces produites directement dans une instance principale, et celles qui n'y sont produites qu'accessoirement, et à propos d'un incident. Elles nous semblent donc, les unes comme les autres, susceptibles de l'inscription de faux, si elles peuvent également influer sur la décision du procès. Quant à l'argument à l'aide duquel on essaie de se mettre en dehors de ce principe, et qui est tiré des inconvénients possibles d'une admission d'inscription de faux contre des pièces de comparaison, il est facile de voir qu'il n'emprunte sa force apparente que de la supposition que les pièces sont vraies et l'inscription prise seulement pour retarder le jugement; mais que l'on se place dans l'hypothèse contraire, et il reste sans aucune valeur; et alors se révèlent de bien autres inconvénients, puisqu'il faudra, après le jugement au fond, attaquer les pièces par la voie du faux principal; puis, quand elles auront été déclarées fausses, revenir, par la voie de la requête civile, faire rétracter une décision qui n'aurait pas été rendue si l'inscription de faux incident eût été admise. Au surplus, dire que l'inscription est admissible contre des pièces de comparaison, ce n'est pas dire qu'elle doive être admise toutes les fois qu'on voudra la former : elle ne le sera toujours que *s'il y échet;* les juges apprécieront les circonstances, et, suivant qu'ils croiront convenable ou non de l'admettre, ils l'admettront ou la rejetteront : c'est une autre garantie contre les dangers dont on s'effraie. Mais il nous semble que ce serait tout à la fois fausser la lettre et méconnaître l'esprit du législateur, que de repousser, dans tous les cas possibles, par une fin de non-recevoir, l'inscription de faux contre des pièces de comparaison.]]

ART. 237. En cas de récusation, soit contre le juge-commissaire, soit contre les experts, il y sera procédé ainsi qu'il est prescrit aux tit. XIV et XXI du présent livre.

C. de Pr., art. 308, 309, 378, 383.

CXCV. Si les parties ou l'une d'elles récuse le juge-commissaire ou les experts, cette récusation est instruite et jugée conformément aux règles générales établies au tit. 21, et, en attendant, la procédure par inscription de faux demeure suspendue.

ART. 238. Lorsque l'instruction sera achevée, le jugement sera poursuivi sur un simple acte.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1er, p. 277 et 278, nos 60 à 63. Notre Dictionnaire de proc., vo *Faux incid.*

Sent., nos 115.—Arm. Dalloz, *eod.* vo, nos 228 à 230.— QUESTION TRAITÉE : L'instruction est-elle entièrement achevée par la confection de l'enquête ou du rapport? *Q.* 936.] (1).

CXCVI. Quand l'instruction sur le faux est achevée, que l'avis des experts, le procès-verbal d'enquête et autres pièces probantes ont été communiqués au ministère public, il ne s'agit plus que de poursuivre l'audience par un simple avenir, pour faire prononcer définitivement sur l'incident (2).

936. *L'instruction est-elle entièrement achevée par la confection de l'enquête ou du rapport?*

Nous avons vu qu'en matière d'inscription de faux, l'instruction consiste, soit dans la représentation des titres, soit dans l'enquête, soit dans la vérification d'écriture, soit dans ces trois voies réunies; mais, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 70, elle consiste de plus dans les requêtes et défenses que les parties se font signifier réciproquement, soit pour faire valoir les moyens qu'elles croient résulter, en leur faveur, de l'enquête ou de la vérification d'écriture, soit pour détruire ou atténuer les moyens de leur adversaire.

Nous ne croyons pas que de pareilles écritures passent en taxe dans une procédure d'inscription de faux : la requête contenant les moyens de faux et celle que le défendeur fournit en réponse nous paraissent les seuls écrits que le Code ait admis. Ainsi, dit M. Lepage dans ses *Questions*, p. 190, la partie la plus diligente provoque l'audience par un simple acte, aussitôt que la preuve des moyens admis sur le faux a été administrée, tant par titres que par témoins et experts.

[[C'est l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 564. Mais M. THOMINE DESMAZURES, t. 1er, p. 415, ne le partage point; nous croyons que ce dernier auteur est dans le vrai lorsqu'il dit que, s'agissant de cause infiniment grave, on ne peut refuser au défendeur la faculté de faire des observations sur l'enquête ou l'expertise. La requête sur les moyens de faux n'avait trait qu'à l'admissibilité de ces moyens. Il s'agit maintenant du résultat de l'instruction; c'est un tout autre point à examiner.

M. CARRÉ, président du tribunal de Tours, dans son ouvrage sur le *Tarif* (1838), p. 104, no 189, rejette toute espèce d'écriture, ce que nous n'avons pas admis dans notre *Commentaire du Tarif*, t. 1, p. 277, no 61; dans tous les cas, il est hors de doute, quoique M. le président de Tours n'en dise rien, que celui qui veut poursuivre l'audience doit commencer par signifier à son adversaire copie du rapport, du procès-verbal d'enquête, et même de contre-enquête, s'il en a été fait une et qu'il veuille s'en prévaloir.]]

ART. 239. S'il résulte de la procédure des indices de faux ou de falsification, et que les auteurs ou complices soient vivants, et la poursuite du crime non éteinte par la prescription, d'après les dispositions

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Le créancier qui n'a opposé d'abord aucune fin de non-recevoir contre la demande en inscription de faux, ne peut plus en faire valoir, lorsque l'instruction est achevée et qu'il ne s'agit plus que de statuer sur le mérite des preuves faites par le demandeur en faux. (Rouen, 11 fruct. an XII; *J. Av.*, t. 14, p. 331.)]

(2) Il peut néanmoins survenir des causes qui obligent de surseoir au jugement définitif, ou même qui dispensent tout-à-fait de le prononcer. Nous parlerons de ces causes sur les articles suivants.

du Code pénal, le président délivrera mandat d'amener contre les prévenus, et remplira, à cet égard, les fonctions d'officier de police judiciaire.

Ordonn. de 1737, tit. 3, art. 14, et loi du 3 brum. an IV, art. 9 et 10. — Cod. d'inst. crim., art. 462. — [Locré, t. 21, p. 613, n° 24. — QUESTIONS TRAITÉES : Le président est-il obligé de décerner le mandat d'amener dans les cas mentionnés en l'art. 239? *Q.* 937. — Le président qui userait de la faculté de décerner le mandat aurait-il le droit d'interroger le prévenu ? *Q.* 938. — Le magistrat qui exerce le ministère public est-il obligé d'attendre la fin de l'instruction sur le faux incident pour transmettre les pièces au substitut du procureur général ? *Q.* 939. — Quel est le temps requis pour la prescription de la poursuite du crime de faux ? *Q.* 940.]

CXCVII. Lorsqu'il résulte de la procédure, c'est-à-dire des titres produits ou des aveux faits, des dépositions des témoins ou de la vérification des experts, non pas des preuves évidentes, mais seulement des indices de faux ou de falsification, la loi, qui veille à ce qu'aucun crime ne reste impuni, veut qu'en ce cas le président examine si les auteurs ou complices du faux sont ou non vivants, et si la poursuite du crime n'est pas éteinte par la prescription, d'après les dispositions du Code d'instruction criminelle (V. *Quest.* 940). Le président reconnaît-il que les auteurs vivent encore, et que l'action publique n'est pas éteinte ? Dès lors, il doit se conformer à la disposition de l'art. 462 du Code d'instruction, qui a modifié l'article ci-dessus, ainsi qu'on le verra par la question suivante.

937. *Le président est-il obligé de décerner le mandat d'amener dans les cas mentionnés en l'art.* 239?

Il y a innovation à cette partie de l'art. 239 par l'art. 462 du Code d'instruction criminelle : l'officier chargé du ministère public, ou le président de la Cour ou du tribunal, doit transmettre les pièces au substitut du procureur-général près le juge d'instruction, c'est-à-dire au procureur du roi près le tribunal d'arrondissement, soit du lieu où le faux paraîtrait avoir été commis, soit du lieu où le prévenu pourra être saisi. En transmettant ces pièces, l'un ou l'autre *peut* délivrer le mandat d'amener devant le substitut près le juge d'instruction, au lieu que, par l'art. 239, le président *doit* délivrer le mandat et remplir les fonctions d'officier de police judiciaire.

Nous remarquerons que la transmission des pièces peut être faite aussi au substitut du procureur-général près le juge d'instruction du lieu où il a été fait un usage criminel des pièces fausses, par la raison que le crime de faux est un crime successif, dont peuvent être valablement saisis les juges des différents lieux où il se perpétue par l'usage. — (*V.* Arrêts divers de la Cour de cassat., et notamment celui du 11 vent. an 12, BOURGUIGNON, p. 186, et *J. P.*, 3e éd., t. 3, p. 640.)

[[C'est bien là ce qui résulte de la combinaison des art. 239 du Cod. proc. civ., et 462 du Cod. d'inst. crim ; MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 418 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 564, et BONCENNE, t. 4, p. 130, font les mêmes observations.]]

938. *Le président qui userait de la faculté de décerner le mandat aurait-il le droit d'interroger le prévenu ?*

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 72, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 238, décident affirmativement cette question, en se fon-

dant sur ce que l'art. 239 porte que le président remplit, relativement au mandat d'amener, les fonctions d'officier de police judiciaire (1).

L'art. 462 du Code d'instruction criminelle ne renfermerait pas la disposition que nous avons rapportée sur la question précédente, que nous n'en eussions pas moins combattu cette opinion, en disant que le mandat d'amener, dont il est question en l'art. 239 du Code de procédure, ne doit avoir d'autre objet que de faire *amener* ou *conduire* le prévenu devant le magistrat de sûreté.

Aujourd'hui, d'après l'art. 462, ce mandat ne peut être aussi décerné qu'afin de traduire le prévenu devant le substitut du procureur-général, à qui les pièces seront transmises (V. *Manuel de Bourguignon*, p. 386); ce qui ne laisse plus aucun doute que le président ne peut interroger le prévenu.

[[C'est aussi l'avis, et nous le partageons, de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 564, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 418, et BONCENNE, t. 4, p. 130.]]

939. *Le magistrat qui exerce le ministère public est-il obligé d'attendre la fin de l'instruction sur le faux incident, pour transmettre les pièces au substitut du procureur-général?*

AUTREMENT : *Ce magistrat peut-il, avant que l'instruction soit ordonnée, commencée ou achevée, et dès qu'il paraît qu'il existe des indices de crime, déclarer qu'il entend en faire une dénonciation officielle, et requérir la suspension de l'instance civile, conformément à l'art.* 240?

« *Lorsque les preuves sont recueillies*, dit le tribun Perrin (édit. de Didot, p. 198), *soit par la déposition des témoins, soit par l'expertise, et qu'il arrive qu'il y ait des indices de crime, que l'auteur soit connu, etc., le président délivre un mandat d'amener.* »

En s'attachant à cette explication de l'art. 239, et à la circonstance qu'il se trouve placé à la suite d'une disposition qui suppose l'instruction terminée, on pourrait croire que la question ci-dessus posée devrait être décidée négativement, et elle l'a été de la sorte par les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 73.

Mais nous ferons observer, en faveur de l'affirmative, premièrement, que l'art. 462 du Code d'instruction n'indique ni ne suppose d'époque fixe à laquelle seulement le ministère public aurait droit d'agir pour provoquer la poursuite du crime; secondement, que l'art. 29 du même Code porte que toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi....., et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Il nous paraît dériver évidemment de ces articles que le magistrat qui exerce le ministère public peut, à quelque époque que ce soit, et avant que l'instruction sur le faux incident soit achevée, declarer, dans les circonstances prévues par l'art. 239, qu'il se propose de le dénoncer, et requérir,

---

(1) On appuyait en outre cette opinion, avant la publication du Code d'instruction, sur ce que le mandat d'amener est un ordre donné à un officier de justice, ou à un agent de la force publique, à l'effet de conduire un prévenu devant le fonctionnaire même qui aurait donné cet ordre. Or, à quoi bon, disait-on, le président eût-il ordonné d'amener le prévenu devant lui, s'il n'avait pas eu le droit de lui faire subir un interrogatoire, et de le faire constituer prisonnier, dans le cas où il ne détruirait pas les inculpations dirigées contre lui?

en conséquence, la transmission des pièces et la suspension de l'action civile.

Si l'art. 239 ne semble imposer cette obligation qu'à la fin de l'instruction du faux incident, c'est qu'il est à présumer que, le plus souvent, ce ne sera qu'à cette époque que les indices du crime pourront être découverts; mais ce n'est pas pour interdire au ministère public le droit de provoquer les poursuites criminelles, si les circonstances de l'affaire étaient telles qu'il eût pu apercevoir avant l'instruction, ou durant son cours, des indices suffisants pour qu'il crût urgent d'agir pour la vindicte publique. La priorité que la loi donne à l'action publique sur l'action civile, parce que l'intérêt de la société doit, en effet, marcher avant tout, nous paraît justifier cette opinion. (*V.* Cod. d'inst., art. 3, et l'art. suiv. du Cod. de procéd.)

[[C'est aussi celle que nous avons émise *suprà*, sous la *Question* 860, où nous avons cité diverses autorités.]]

940. *Quel est le temps requis pour la prescription de la poursuite du crime de faux?* (*V.* l'art. 637 du Code d'inst. crim., et BOURGUIGNON, sur cet art., p. 492).

[[Dix ans à compter du jour où le crime a été commis, ou bien à compter de la date du dernier acte d'instruction.]]

ART. 240. Dans le cas de l'article précédent, il sera sursis à statuer sur le civil, jusqu'après le jugement sur le faux (1).

C. C. art. 1319.—[Notre Dictionn. général de proc., vo *Faux incident*, nos 132, 133, 152, 155. —QUESTIONS TRAITÉES : Le désistement du demandeur en faux incident empêche-t-il le ministère public de poursuivre d'office les prévenus de faux? — La poursuite du ministère public doit-elle faire prononcer un sursis? *Q.* 940 *bis*. — Lorsqu'une inscription en faux est prise devant un tribunal de justice répressive contre une pièce dont l'auteur est vivant, les juges doivent-ils, après avoir statué sur la pertinence des moyens, surseoir au jugement du procès, et renvoyer à instruire le faux devant la juridiction criminelle compétente? *Q.* 940 *ter*. — Lorsque, sur la poursuite du faux incident, l'action publique est portée par le ministère public devant le tribunal criminel, le demandeur en faux incident peut-il abandonner sa première poursuite, afin de se porter partie civile? *Q.* 940 *quater*. — Est-il nécessaire que le tribunal constate, par un jugement, que les pièces seront transmises au substitut du procureur général près le juge d'instruction, et qu'en conséquence il sera sursis à statuer sur le civil? *Q.* 941. — Est-il en tous les cas nécessaire de surseoir à statuer au civil, lorsqu'il y a lieu de renvoyer les prévenus de faux devant le substitut du procureur général? *Q.* 942. — Le jugement qui sera rendu sur l'action publique par les juges criminels déterminera-t-il nécessairement les résultats des poursuites civiles qui auront été suspendues? *Q.* 943.] (2).

CXCVIII. Comme l'action publique est d'un intérêt supérieur à l'action privée, qu'on ne peut simultanément poursuivre une partie devant deux tribunaux différents pour raison d'un même fait, et que, par conséquent, l'une des deux actions doit être suspendue par l'autre, la loi, qui, comme nous l'avons déjà dit, *Question* 939, donne toujours la préférence à l'action publique, veut qu'alors il soit sursis à statuer sur le civil, jusqu'après l'arrêt sur le faux.

---

(1) Si la surséance ordonnée par cet article n'avait pas été prononcée, il y aurait nullité des procédures postérieures. (PERRIN, *Traité des nullités*, p. 225 et 226.)

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le sursis ordonné par l'art. 240 du Cod. de proc. civ., ne doit être prononcé qu'autant que le ministère public intente une demande en faux principal. (*Cass.*, 2 avril 1828. *J. Av.*, t. 35, p. 224.)]

[[940 bis. *Le désistement du demandeur en faux incident empêche-t-il le ministère public de poursuivre d'office les prévenus de faux? — La poursuite du ministère public doit-elle faire prononcer un sursis?*

Le 19 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 14, p. 395), la cour de Nîmes a décidé la négative, et a sursis à la continuation du procès civil. Telle est l'opinion de M. PIGEAU *Comm.*, t. 1, p. 485.

Pour nous, nous pensons que, si le désistement de la partie ne lie pas le ministère public, il lie pour toujours la partie qui s'est désistée; son action est dès lors éteinte, et, quand même la pièce serait déclarée fausse sur les poursuites criminelles, il ne lui serait pas permis de revenir contre son désistement, pour s'inscrire de nouveau, ni de demander l'amende encourue par l'effet de ce désistement, en vertu de l'art. 247 Cod. proc. civ. Quant aux motifs qui ont pu déterminer la Cour de Nîmes à ne pas regarder l'action publique comme arrêtée par le désistement du demandeur en faux incident, ils sont faciles à comprendre; c'est que tous les crimes et délits intéressent la société pour laquelle stipule le ministère public, et que, si les parties peuvent transiger sur un délit, ou même sur un crime, en ce qui ne touche que leur intérêt particulier, elles ne le peuvent certainement pas en ce qui concerne l'intérêt de la société.

Voilà pourquoi la surveillance du ministère public est toujours exigée dans toutes les phases de la poursuite du faux incident, et son droit d'intenter l'action criminelle au moindre soupçon toujours reconnu. Deux cas seulement exceptés, l'un quand l'auteur du faux est mort, l'autre quand il y a prescription.

Mais dans l'espèce de la question posée doit-on surseoir au jugement du procès civil?

Non, puisque par l'effet de son désistement, le demandeur en faux est devenu étranger à la poursuite criminelle; il a reconnu la vérité de la pièce, en sorte que, vis-à-vis de lui, seul intéressé dans le procès civil, le résultat qu'aura le procès criminel ne peut être d'aucune considération. Il faut qu'il accepte le jugement civil, qui repose sur les éléments qu'il a lui-même reconnus; il ne peut donc y avoir aucun prétexte au sursis.]]

[[940 ter. *Lorsqu'une inscription en faux est prise devant un tribunal de justice répressive contre une pièce dont l'auteur est vivant, les juges doivent-ils, après avoir statué sur la pertinence des moyens, surseoir au jugement du procès et renvoyer à instruire sur le faux devant la juridiction criminelle compétente?*

Un arrêt de la Cour de cass., du 6 janv. 1809 (*J. Av.*, t. 14, p. 348), décide l'affirmative.

A cet arrêt on peut en ajouter quatre autres des 11 nov. 1808, 19 janv. 1809, 26 mars 1818 et 9 août 1822, rapportés par M. MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Inscription de faux*, §11 et 12, et *Répert. eod.*, § 7; ils jugent tous la même question dans le même sens, et à peu près dans les mêmes termes; il résulte de ces arrêts, et principalement des deux derniers, que, quand l'auteur de la pièce arguée de faux est connu, il n'est pas nécessaire que les juges déclarent qu'il est vivant, pour renvoyer à instruire criminellement sur le faux; il faudrait, au contraire, qu'ils déclarassent expressément qu'il est décédé, pour pouvoir ordonner que l'instruction se poursuivrait civilement. Leur silence sur ce point n'établirait pas une présomption suffisante du décès; mais si l'auteur de la pièce arguée était mort, ou s'il n'était pas connu, ou encore si la prescription du crime était acquise, les tribunaux correctionnels ou les

cours d'assises devant lesquels serait prise l'inscription de faux devraient faire suivre cette inscription conformément aux règles du Cod. de procéd. civ., art. 459 et 460 du Code d'instr. crim.]]

[[**940** quater. *Lorsque, sur la poursuite du faux incident, l'action publique est portée par le ministère public devant le tribunal criminel, le demandeur en faux incident peut-il abandonner la première poursuite, afin de se porter partie civile ?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 474, examine longuement cette question, et la résout pour l'affirmative; il donne pour raisons l'économie des frais et la plus prompte expédition.

A l'objection prise de ce qu'on ne peut en général prendre la voie la plus rigoureuse après avoir pris la plus douce, il répond que ce n'est pas là un reproche à faire à la partie; car c'est le ministère public et non pas elle qui est l'auteur de la poursuite criminelle; que, d'ailleurs, elle ne pourra point, de son côté, demander plus au criminel qu'au civil.

A l'objection qu'on tirerait de la litispendance, il répond que, pour le défendeur, le seul moyen de n'avoir qu'un procès et d'en finir plus promptement, c'est de faire juger au criminel.

Nous pensons que ce système est conforme à l'esprit de la loi.

L'art. 250 ne permet-il pas au demandeur de se pourvoir lui-même, par la voie criminelle, en tout état de cause? A plus forte raison, ce nous semble, doit-il avoir la faculté d'intervenir sur la poursuite du ministère public, et cependant M. PIGEAU n'admet pas, comme on pourra le voir à la note 1 du n° CCVIII, le principe dont nous nous étayons pour appuyer sa solution.]]

941. *Est-il nécessaire que le tribunal constate par un jugement que les pièces seront transmises au substitut du procureur général près le juge d'instruction, et qu'en conséquence il sera sursis à statuer sur le civil ?*

Tous les auteurs disent, et avec raison, que le sursis est de droit; qu'ainsi, dès qu'il a été décerné acte au ministère public de sa déclaration d'entendre transmettre les pièces à qui de droit, toutes les poursuites de la procédure au civil restent en suspens, dans l'état, jusqu'à ce que l'instruction criminelle soit terminée par arrêt définitif.

Cependant, M. DEMIAU-CROUZILHAC estime, p. 181, qu'il convient qu'un jugement constate que la transmission des pièces sera faite, et qu'il sera conséquemment sursis au jugement civil.

Nous croyons que cette marche est, en effet, plus régulière; car il est de principe que le juge doit constater tout ce qui se passe dans le cours d'une instance. Or, dans l'espèce dont il s'agit, il est assez naturel qu'une décision du tribunal conserve l'état de la procédure, dans l'intérêt du demandeur en faux, qui n'est pas de plein droit partie dans la poursuite criminelle, et qui trouverait au besoin dans cette décision une pièce à opposer au défendeur, s'il arrivait que celui-ci vînt à former contre lui une demande en péremption.

[[C'est aussi notre opinion.]]

942. *Est-il, dans tous les cas, nécessaire de surseoir à statuer au civil, lorsqu'il y a lieu de renvoyer le prévenu de faux devant le substitut du procureur général ?*

Le sursis n'a lieu *nécessairement* que dans le seul cas où le sort de la contestation principale dépend de la vérité ou de la fausseté de la pièce arguée de faux. Si, en effet, la vérité ou la fausseté de cette pièce ne doit avoir aucune influence sur la contestation principale, non-seulement il ne doit pas être

sursis, mais l'inscription de faux incident ne doit pas être admise, ainsi que nous l'avons dit au *Commentaire* de l'art. 214. (V. *Nouv. Répert.*, au mot *Inscription de faux*, § 1, n° 13.)

[[Ceci est fort juste : M. PIGEAU l'enseigne aussi, *Comment.*, t. 1, p. 477, 3°.]]

943. *Le jugement qui sera rendu sur l'action publique par les juges criminels déterminera-t-il nécessairement les résultats des poursuites civiles qui auront été suspendues ?*

L'affirmative de cette question a été maintenue dans le réquisitoire de M. Merlin, sur l'affaire Douhaut, et décidée par l'arrêt du 30 avril 1807. (V. *S.*, 1807, p. 408, et le *Répert.*, au mot *Chose jugée*, § 15) (1).

Mais cette opinion doit être modifiée par ce que nous avons établi *suprà*, n° 859, et surtout par la savante dissertation de notre respectable collègue M. Toullier, au 8e volume de son *Traité du droit civil*, nos 34 et suivants des notions préliminaires.

Il suit de la discussion véritablement approfondie dans laquelle il est entré :

1° Que la déclaration d'un jury (ou tout arrêt de Cour spéciale ou jugement correctionnel) portant que le fait n'est pas constant, ou que l'accusé n'est pas coupable, ne doit point influer sur les jugements des actions civiles, et ne

---

(1) Nous extrairons de ce réquisitoire les passages suivants, applicables à l'espèce de la question ci-dessus, et à celle de l'art. 250 : « Il est clair, disait M. le procureur général, que les jugements rendus par les tribunaux civils, sur les actions privées des parties lésées par un délit, n'ont et ne peuvent avoir aucune influence sur les jugements à rendre par les tribunaux criminels sur les poursuites du ministère public.

« Mais lorsque, sur un fait que le ministère public a poursuivi devant un tribunal criminel, il est intervenu un jugement qui a déclaré ou qu'il y avait délit, ou qu'il n'y avait point délit, et que l'accusé est ou n'est pas coupable, peut-on encore soumettre au tribunal civil les questions sur lesquelles il a été prononcé par le tribunal criminel ?

« Cette question peut se présenter dans deux espèces différentes : ou la personne lésée par le délit s'était rendue partie civile dans le procès criminel (c'est l'espèce de l'art. 250 du Code de procédure), ou elle n'avait point paru dans ce procès (c'est ce qui pourrait arriver dans l'espèce des art. 239 et 240).

« Si elle s'y était rendue partie civile, nul doute que le jugement du tribunal criminel n'ait pour et contre elle toute l'autorité de la chose jugée, et qu'il ne fasse loi pour tout tribunal civil devant lequel les mêmes questions devraient être reportées...

....

« Il en est de même dans le cas où cette personne n'a point paru dans ce procès.....

....

« C'est ce qui résulte clairement de l'art. 8 du Code du 3 brumaire an 4 (aujourd'hui de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui est absolument conçu dans les mêmes termes). Pourquoi, d'après cet article, l'action publique, lorsqu'elle est intentée avant ou pendant la poursuite séparée de l'action civile, doit-elle tenir cette action en état ? Il ne peut y en avoir qu'une raison : c'est que l'action publique est *préjudicielle* à l'action civile ; c'est, par conséquent, que le sort de l'action civile est subordonné au sort de l'action publique ; c'est, par conséquent, que l'action civile doit réussir, si l'action publique réussit, et échouer, si l'action publique échoue ; c'est, par conséquent, que le jugement à rendre sur l'action publique recevra, à l'action civile, une application nécessaire et forcée. »

Par application de ces principes à la question ci-dessus posée, on dirait que, le ministère public ayant provoqué des poursuites au criminel dans les circonstances mentionnées en l'art. 239, l'arrêt de la Cour d'assises qui interviendrait sur ces poursuites placerait le tribunal civil dans l'obligation de rejeter la pièce du procès, si cette Cour l'avait déclarée fausse, ou de l'admettre, si, au contraire, elle l'avait déclarée véritable.

Il en serait de même, à plus forte raison, dans l'espèce de l'art. 250, où le demandeur se rend partie au procès criminel. Telle était l'opinion que nous émettions dans notre *Analyse*, n° 818 ; mais nous l'avons modifiée au n° 1322 de notre *Traité*, lequel forme la réponse à la présente question.

peut acquérir, en faveur de l'accusé, l'autorité de la chose jugée relativement à ces dernières actions, parce que, de la déclaration négative que le délit n'est pas constant, ou que le prévenu n'est pas coupable, on ne peut conclure autre chose, sinon qu'il ne s'est pas trouvé de preuves suffisantes, soit de l'existence du délit, soit de la culpabilité de l'accusé.

2° Que dans le cas où, au lieu de ces déclarations négatives, le jury a déclaré positivement que le délit est constant, ou que l'accusé est coupable, les juges devant qui la partie lésée porte ensuite séparément son action civile, ne sont pas liés par l'arrêt criminel et obligés nécessairement à admettre la demande, puisque cette décision n'a pu avoir autorité de chose jugée entre les deux parties, conformément à l'art. 1351 du Code civil : d'où suit que le demandeur à fins civiles demeure, nonobstant le jugement criminel, assujetti aux règles ordinaires et générales qui l'obligent d'apporter, au soutien de sa demande, d'autres preuves qui peuvent être contredites par le condamné ou par ses héritiers.

[[A nos yeux (1), il n'existe en aucun cas *d'influence* possible d'une juridiction sur une autre juridiction. La chose jugée n'exerce pas *d'influence;* c'est la loi du juge, qu'on nous passe la hardiesse de cette expression. Ainsi la loi de 1838 accorde à la Cour de cassation le pouvoir législatif après un second pourvoi. Il serait inexact de dire que son dernier arrêt aura de *l'influence* sur la décision de la Cour royale ; cet arrêt sera devenu l'expression de la volonté du législateur et la Cour de renvoi devra s'y conformer.

Lorsqu'une juridiction, dans les limites de ses pouvoirs, a rendu une décision que personne n'a attaquée, cette décision forme la loi des parties qui ont figuré devant cette juridiction ; la même contestation ne peut jamais être reportée du civil au criminel, du criminel au civil, d'un conseil de préfecture à un tribunal de première instance, etc. Le mot *loi* dit tout, il peignait notre pensée d'un manière exacte, nous n'avons pas hésité à le prendre comme le symbole le plus complet

Quelle peut donc être, avec ce rigorisme de principes, la difficulté de cette proposition : *de l'influence du criminel sur le civil?*

A tout plaignant deux voies, la voie civile et la voie criminelle. Les intérêts civils reçoivent la vie en deçà et en dehors de l'intérêt social dont la défense, sous la figure de la *vindicte publique*, est confiée au ministère public seul.

Par ces deux voies, tout plaignant peut et doit obtenir justice : si l'une d'elles est épuisée, les actes de l'officier public lui deviennent étrangers. Il a vu s'élever contre lui une barrière infranchissable, *la chose jugée : res judicata pro veritate habetur*, principe éminemment conservateur de la stabilité de l'ordre social, et que tous les jurisconsultes considèrent comme l'arche sainte.

Mais cette *chose jugée* ne s'obtient pas par le seul contact de deux parties échangeant entre elles les interpellations d'une lutte judiciaire. Il faut qu'il y ait conclusions et adjudication de conclusions par un tribunal ayant pouvoir et mission d'apprécier ces conclusions.

Ceci posé, qu'advient-il au civil? qu'advient-il au criminel?

Au civil, nulle difficulté; Paul est poursuivi par Léon pour lui avoir enlevé sa

---

(1) La question nous a paru mériter une discussion particulière et étendue. Depuis que M. Carré a écrit les lignes qu'on vient de lire, M. MERLIN a répondu à M. Toullier (*Q. D. addit.*, t. 8, p. 265, v° *Faux*, § 6); et M. TOULLIER a répliqué, t. 10, p. 364. Deux nouveaux auteurs, MM. BONCENNE, t. 4, p. 39, et MANGIN, t. 2, p. 377, ont rejeté la doctrine de M. Toullier. La difficulté était digne de fixer spécialement notre attention, et ce n'est qu'après nous être livré à l'examen le plus approfondi que nous nous sommes déterminé à soutenir la doctrine de ce dernier auteur.

montre, le tribunal civil rejette la demande, le ministère public poursuit Paul au criminel; il est défendu à Léon de se porter partie civile. Contre lui s'élève la chose jugée.

S'agit-il d'un faux incident; jugement qui rejette le faux, déclare la pièce vraie et condamne Léon. Le ministère public poursuit Paul devant la Cour d'assises; il est défendu à Léon de se porter partie civile. Qui oserait contester de semblables propositions?

Au criminel, que peut-il arriver qui complique cette position nette et tranchée?

Si la juridiction est correctionnelle, il y a acquittement ou condamnation mais toujours adjudication ou rejet des conclusions de la partie poursuivante si elle n'était que plaignante, la position pourrait être la même que celle que nous allons examiner.

Si la juridiction est le grand criminel, la chambre des mises en accusation peut refuser de prononcer le renvoi aux assises, attendu qu'il n'y a pas d'indices suffisants. Ce n'est là qu'un acte d'instruction, dont le bénéfice, comme chose jugée, ne pourrait pas même être invoqué par le prévenu mis en liberté, si de nouvelles charges s'élevaient contre lui. C'est comme un interlocutoire, un préparatoire même en matière civile; la chambre des mises en accusation ne statue pas, elle ne juge point, elle n'admet ni ne rejette de conclusions. Son arrêt ne réunit donc aucun des caractères qui puissent nous représenter les éléments constitutifs de la chose jugée.

Mais le renvoi est ordonné, les débats sont ouverts devant la Cour d'assises.

C'est ici que commence la confusion perpétuelle des auteurs entre les devoirs des jurés et ceux de la Cour. Quelle peut, quelle doit être la préoccupation des jurés? *uniquement* la culpabilité ou l'innocence de l'accusé; il n'est permis à personne de pénétrer dans les motifs qui déterminent la sentence. Elle ne pourra produire qu'un acquittement ou une condamnation à une peine. Elle n'exercera aucune *influence* (on peut ici employer cette expression) sur les prétentions de la partie civile. Que les questions soient bien ou mal posées; que le jury ait répondu oui ou non à cette question : *Tel fait est-il constant?* la réponse se résumera toujours en une déclaration d'innocence ou de culpabilité. Un jury n'a pas mission de rendre un arrêt; il n'a que le pouvoir de déclarer que l'accusé est coupable ou innocent; autrement, sur la déclaration de tel fait, une Cour serait forcée de prononcer des dommages-intérêts ou de les refuser, ce qui n'est pas. Il est admis maintenant, qu'après la déclaration du jury, si la Cour est forcée d'appliquer la loi pénale contre l'accusé ou de le renvoyer, elle est complétement libre d'accorder ou de refuser des dommages-intérêts. Elle peut ne tenir aucun compte de la décision du jury.

Le jury n'est appelé à juger que la *criminalité* du fait; tout ce qui est en dehors de cette *criminalité* est du domaine de la Cour d'assises ou des tribunaux ordinaires.

Une décision du jury n'est pas un arrêt; elle ne peut jamais entrer dans les éléments de la chose jugée; c'est une déclaration dont la conséquence pénale est édictée par le juge, mais voilà tout. C'est après cette déclaration que commence sérieusement le procès civil, et que les conclusions en dommages-intérêts sont prises, soit par l'accusé acquitté, soit par la partie civile.

Qu'il nous soit permis de puiser dans ces principes, qui nous paraissent hors de toute contestation, des conséquences toutes naturelles, toutes logiques, en passant en revue les diverses positions qui ont fait l'objet de longues dissertations de la part des auteurs.

Première *hypothèse*. L'accusé est déclaré coupable.

La Cour, vu la déclaration du jury, le condamne à la réclusion; la société est

vengée, aucun plaignant n'élève la voix, aucune condamnation civile ne peut intervenir. Les droits des parties resteront intacts devant la juridiction civile. Devant les tribunaux civils, le condamné, lorsqu'il élèvera des prétentions contraires en apparence à l'arrêt qui l'aura frappé, ne pourra pas être repoussé par la force de la chose jugée, puisque son adversaire n'a pas voulu recourir à la voie criminelle et a préféré s'en tenir aux juges civils. Il est par trop certain que, si cet accusé, ce condamné, ne fournit pas la preuve la plus éclatante de son bon droit, l'*influence morale* de la condamnation sera écrasante pour lui, et que les juges, s'armant du pouvoir discrétionnaire que leur accorde, en certains cas, la jurisprudence, accueilleront les prétentions de son adversaire, et, s'il s'agit d'un faux, par exemple, déclareront qu'il existe, sans s'astreindre aux longues évolutions de la procédure. Mais ce ne sera pas par suite de la puissance légale de la chose jugée que ses conclusions seront rejetées. Si, au contraire, la partie civile, présente au procès criminel, a posé ses conclusions, ce n'est pas à dire pour cela que nécessairement, *forcément*, la Cour prononce contre le condamné des restitutions et dommages-intérêts. L'article 363 du Code d'instruction criminelle permet au condamné de se défendre sur les conclusions en dommages-intérêts et restitutions; donc la Cour a le droit de rejeter les prétentions de la partie civile qui, en certains cas, peuvent être inadmissibles et même immorales.

Seconde *hypothèse*. L'accusé est déclaré non coupable.

Quelles que soient les déclarations du jury, la Cour ne peut que prononcer l'acquittement. S'il n'y a pas de partie civile, l'état est condamné aux dépens, et l'acquittement ne produit qu'un résultat, celui de préserver l'accusé de toute poursuite ultérieure criminelle pour le même fait : il peut se pourvoir devant les tribunaux civils, pour obtenir des dommages-intérêts contre son dénonciateur (1), de même que toute partie intéressée peut le poursuivre en restitution, en dommages-intérêts, sans qu'il puisse jamais opposer un arrêt bon pour lui, un arrêt qui le met en défense contre les poursuites de la société, mais qui ne doit point préjuger les intérêts civils d'une partie étrangère au procès criminel. Au contraire, si la partie civile a pris des conclusions, le débat civil, sur lequel encore la déclaration du jury n'exercera aucune *influence*, se vide immédiatement devant la Cour. L'individu acquitté et la partie civile se livrent à une lutte dont l'issue est loin d'être certaine en faveur du prévenu acquitté. L'espèce dans laquelle nous avons obtenu, le 21 octobre 1835 (*S.*, 1835, 1re part., p. 850), un arrêt de la Cour de cassation, prouve suffisamment qu'une Cour d'assises ne se laisse pas influencer par la décision du jury. En matière de presse, le même principe a été appliqué, malgré les efforts et le talent de notre confrère et ami Me Crémieux. (Arrêt de cassation du 27 février 1835, *Journal du droit criminel*, 1835, p. 95.)

Quel *abominable danger* (2) présente donc cette doctrine si simple à exposer si facile dans l'exécution ? Chaque juridiction conserve sa sphère d'action sans empiéter sur une autre juridiction. Les parties restent maîtresses de suivre à leur gré les diverses voies que leur ouvre la loi. Les principes conservateurs de la chose jugée demeurent intacts, et la controverse n'est plus possible. Il a fallu tant d'efforts de la plus ingénieuse dialectique, pour colorer la

---

(1) L'attribution de juridiction de l'article 359 du Code d'instruction criminelle, n'a été présentée par aucun auteur comme une objection sérieuse ; aussi, ne croyons-nous pas devoir nous y arrêter.

(2) Expressions de MM. Mourre et Boncenne.

poctrine de MM. Merlin, Dalloz, Boncenne, etc., que notre esprit a refusé d'adopter une opinion destructive de la chose jugée, et qu'on ne pouvait péniblement édifier qu'à l'aide d'inductions et de probabilités. Dans les questions d'une haute portée comme celle-ci, quelle que soit la solution qu'on adopte, on découvrira des inconvénients; mais le plus grave de tous, à notre sens, c'est d'ôter à des principes générateurs leur caractère d'universalité et de créer en dehors de la loi des exceptions que n'exige nullement un prétendu besoin d'équilibrer les juridictions civiles et criminelles.

Votre doctrine serait admissible, nous dira-t-on, si une grave objection ne venait créer, malgré vous, une exception qui établit jusqu'à l'évidence l'*influence* que vous déniez d'une juridiction sur l'autre. Ce n'est plus à la vérité de l'influence du criminel sur le civil qu'il s'agit, mais bien de l'influence du civil sur le criminel; et M. Merlin, et M. Boncenne, et M. Dalloz de répéter que cette exception est un argument invincible, la voici : les articles 182 du Code forestier, et 327 du Code civil, parlent de jugements préjudiciels à intervenir, lesquels jugements exerceront une influence directe sur la juridiction criminelle; or, le ministère public, restant dans sa sphère de surveillance pour maintenir l'observation des lois, requérir et conclure, ne doit pas être compté au nombre des parties entre lesquelles se rendent les jugements civils sur les questions d'état et les droits de propriété, et pourtant les faits positivement décidés par ces jugements ne peuvent plus être niés ni débattus, quand on arrive devant la juridiction criminelle. L'influence du civil sur le criminel, et réciproquement, ne tient donc pas essentiellement à ce que les mêmes personnes y soient réellement et nominativement engagées (1).

Nous répondrons d'abord que ces exceptions mêmes, écrites dans la loi, et plusieurs autres, que nous pourrions citer, relatives au dépôt, à l'adultère, aux injures, dans lesquelles une volonté particulière enchaîne l'action publique, confirment la règle générale; mais, du reste, qu'y a-t-il d'étonnant que le législateur n'ait pas voulu qu'en matière de filiation la partie publique vînt, par une poursuite indiscrète, jeter le trouble dans une famille; que le législateur ait renvoyé aux tribunaux civils la décision d'un litige de propriété purement civile, et ait prescrit à celui qui se défend, en disant: *Feci sed jure feci*, d'aller, dans un certain délai, plaider avec son véritable adversaire, pour que, muni d'un titre de propriété, il démontre au ministère public qu'il est sans intérêt à le poursuivre, surtout lorsque l'article 182 exige des présomptions de propriété avant de permettre le sursis? Qu'au lieu d'un jugement, la partie poursuivie devant un tribunal correctionnel présente un acte de propriété inattaquable, le ministère public soutiendra-t-il que cet acte est *res inter alios acta?* Le seul motif du législateur dans ce renvoi à fins civiles a été de ne pas encombrer les tribunaux correctionnels de procès civils; c'est une restriction de juridiction. Le jugement qui intervient au civil détermine sur quelle tête doit reposer la propriété; si le procès civil eût eu lieu avant le débat correctionnel, il aurait empêché nécessairement la citation du ministère public; on ne voit pas pourquoi il n'arrêterait pas la continuation des poursuites.

C'est vainement que nous approfondissons ces assimilations, nous n'apercevons pas la portée de l'argument varié sous toutes les formes par les auteurs que nous combattons.

On puise un nouvel argument dans l'art. 235 du Code civil; mais qui ne voit

---

(1) BONCENNE, t. 4, p. 51.

que le sursis est indispensable, puisque l'art. 232 du même Code prononce le divorce, lorsque l'un des époux a été condamné à une peine infamante?

On insiste, et on se fonde sur l'art. 240 qui ordonne le sursis, lorsque le tribunal a cru découvrir des indices de faux; dans ce cas, dit-on, la question préjudicielle est élevée et elle doit produire les mêmes effets. Dans l'espèce de l'art. 182 du Code forestier, le jugement au civil anéantissait toute action au criminel; dans l'espèce de l'art. 240, la poursuite au criminel doit amener le même résultat.

Ici encore, selon nous, on fait une confusion évidente du caractère des deux juridictions; au criminel pas de poursuites possibles sans corps de délit; or, la loi disant que les tribunaux civils seuls auront le pouvoir de juger les questions d'état et de propriété, ces questions une fois jugées en faveur du prévenu, il n'y a plus de corps de délit et partant plus de poursuite possible; mais, dans un débat d'intérêts civils, ce n'est plus un principe de droit pénal qui servira de règle, c'est toujours une disposition de la loi civile. Or, les seules preuves légales qui puissent déterminer la conviction des tribunaux civils, ce sont un acte émané de la partie, des présomptions graves, précises, concordantes, ou une enquête, selon les cas, et enfin la chose jugée telle qu'elle est définie par la loi civile. Comment donc fondre deux positions si différentes et rattacher deux espèces qui ne sont pas régies par les mêmes lois? Aussi qu'on lise les discussions de nos savants contradicteurs, et on verra quelles nuances ils sont forcés d'admettre, et que de cas ils cherchent à soustraire à ce qu'ils appellent *l'influence du criminel sur le civil*: pour être conséquent avec leur système de *préjudicialité*, selon l'expression de M. Boncenne, il faudrait, toutes les fois que, sur une inscription de faux, il y a eu sursis, et que la juridiction criminelle ne condamne pas le prétendu faussaire, que la pièce ne pût pas lui être contestée. Au contraire, ils distinguent, ils introduisent un autre principe aussi subversif des idées judiciaires que celui-là même que nous combattons au fond : ce n'est plus du seul dispositif d'un arrêt que devra ressortir la chose jugée, ce sont les motifs qui feront la loi. Ainsi, la chambre des mises en accusation a-t-elle déclaré qu'il n'y avait lieu à suivre, la conséquence logique serait bien que le faux n'existe pas; cependant aucun auteur ne veut accorder *d'influence* à cet arrêt, même quand il sera motivé. L'accusé a-t-il été traduit devant la Cour d'assises, sur un acte de mise en accusation, énumérant toutes les circonstances du faux, mais la Cour d'assises a-t-elle été forcée de l'acquitter par suite d'un verdict négatif? il n'y a rien de jugé, dit-on encore d'une manière absolue. Posant là un troisième principe qui dénature l'institution du jury appelée uniquement à apprécier une culpabilité et non à juger des procès civils, on veut que l'influence existe si le jury a dit : *Non, l'acte n'est pas faux*, et que cette influence n'existe pas si le jury, se renfermant dans ses véritables limites, s'est contenté de répondre : *non l'accusé n'est pas coupable.* Étonnante métaphysique du droit, qui ne satisfait nullement l'esprit; mais la raison ne se révolte-t-elle pas contre cette singulière, cette étrange doctrine, qui, en définitive, créera contre un individu un droit irréfragable, toutes les fois qu'il sera condamné, et lui marchandera le bénéfice d'un arrêt d'acquittement? Condamné, il n'a plus le droit de se plaindre, sa honte est une *vérité :* acquitté, il reste soumis à d'incessantes poursuites, qui feront crouler dans ses mains des actes dont il a démontré l'exactitude au grand jour de l'audience criminelle. Comment nos jurisconsultes les plus éclairés n'ont-ils pas reculé devant ces illogiques et barbares conséquences de leur système? Le motif de cette persistance, c'est qu'engagés dans une voie sans règle fixe, sans bornes certaines, la *représentation au criminel de la société par le ministère public*, ils n'ont trouvé l'entier

accomplissement de cette représentation que quand le magistrat mandataire avait obtenu la condamnation. En cas d'acquittement, ses mandants peuvent, selon eux, refuser ratification.

Aussi le vénérable M. Toullier, que M. Boncenne (1) a cru pouvoir accuser de *s'être laissé entraîner par une ardeur de discussion*, s'écriait-il : « Étrange re-« présentant que celui qui n'a point, ne peut pas même recevoir le mandat du « représenté, ni prendre des conclusions pour lui !... » Et le savant auteur de la théorie, d'ajouter.... « Véritablement le ministère public n'est point le man-« dataire de la partie pour requérir la réparation civile du dommage qu'elle « souffert ; mais il représente la société tout entière, pour faire juger l'existence « du fait dommageable. »

Pourquoi donc alors se porter partie civile? il est plus prudent d'attendre la décision du criminel. Si l'accusé est absous, rien ne sera jugé en sa faveur, le plaignant pourra le poursuivre devant les tribunaux civils, et soutenir sa culpabilité; s'il est condamné, le plaignant, s'armant de la sentence alors inexpugnable, demandera, sur état, des dommages-intérêts.

La plupart des auteurs ont examiné la prétendue influence du criminel sur le civil à l'occasion du faux, et ils ont alors posé des principes généraux qui peuvent s'appliquer aux décisions de tous les tribunaux de répression ; mais n'auraient-ils pas reculé devant la conséquence de leur étrange système, s'ils avaient pesé chacune des espèces que peut avoir à juger la juridiction criminelle? Ainsi, même en cette matière spéciale, Pierre poursuivi est acquitté ou condamné pour avoir commis un faux dans un acte de vente ; l'arrêt empêchera-t-il que la validité ou la nullité de l'acte de vente puisse être soutenue par toutes les parties? Mais si la poursuite n'est portée que devant le tribunal de police correctionnelle sous la prévention d'escroquerie, le jugement développe, dans de longs motifs, qu'il n'y a pas eu d'escroquerie et renvoie le prévenu ; le plaignant qui ne figurait pas à ce jugement aura-t-il été représenté par le ministère public, à tel point qu'il ne puisse plus rien demander aux tribunaux civils? oserait-on le soutenir? et cependant il est aussi *abominable* de voir un tribunal civil juger le contraire de ce qu'aurait décidé un tribunal correctionnel, que de le voir juger contrairement à un arrêt de Cour d'assises. Dans les deux cas, l'ordre public est intéressé plus ou moins ; le poursuivant, dans l'intérêt de tous, aura toujours été le ministère public. Devant le tribunal correctionnel, il n'y a plus le même embarras que devant les Cours d'assises, les motifs sont toujours explicites, soit pour l'acquittement, soit pour la condamnation. Tout dépendrait donc alors du zèle et de l'intelligence des fonctionnaires du parquet; en leurs mains reposerait le sort des procès les plus graves, et la compétence des tribunaux civils disparaîtrait toutes les fois que la juridiction criminelle aurait été saisie.

Dans notre système, au contraire, tout s'harmonie en présence d'un respect absolu pour le principe conservateur de la *chose jugée*. Le plaignant pouvait se rendre partie civile et conclure ; de même, en garantie formelle, la partie assignée peut appeler garant pour prendre son fait et cause.

Le plaignant a-t-il refusé de suivre les chances de la voie criminelle, a-t-il préféré ses juges naturels ? tout restera intact entre lui et son adversaire. Ce ne sera pas un condamné contre lequel il plaidera, car rien n'aura été jugé avec lui ; ce qui aura été jugé au criminel sera de nouveau jugé au civil. La condamnation ou l'acquittement formeront évidemment des préjugés fort graves, et l'influence morale s'attachera à l'instance, malgré la force négative des principes ; mais au moins la base de la *chose jugée* ne formera pas une fin de non-recevoir infranchissable; la décision du

(1) T. 4, p. 44.

juge civil pourra être différente de celle du juge criminel. De même, un défendeur qui a préféré courir les chances d'une double instance et n'a assigné son garant qu'après l'épuisement du procès principal, peut se trouver, malgré le respect dû à la chose jugée, dans une position plus fâcheuse encore ; car, condamné à rendre un immeuble acheté par lui, il peut se voir refuser le remboursement de son prix par son vendeur qui, plus habile que lui ou devant un autre tribunal, démontrera que le premier jugement, même un arrêt de Cour souveraine et de Cour de cassation, a violé la loi. Tout cela en vertu de ce précepte que la chose jugée n'existe qu'autant que le juge, dont la décision est invoquée, a tranché la même question, entre les mêmes parties, agissant en la même qualité.

Une seule exception au rigorisme de nos principes, exception dont aucun auteur n'a cru devoir parler, se lit dans l'art. 727 du Code civil : « Sont indignes de succéder, dit cet article, 1° Celui qui serait *condamné* pour avoir « donné ou tenté de donner la mort au défunt, 2° Celui qui a porté contre le « défunt une accusation capitale, *jugée* calomnieuse. » Ce n'est point au civil qu'auront été vidées les deux instances. En vain l'héritier, après avoir donné la mort à l'auteur commun, serait-il poursuivi devant les tribunaux civils par ses cohéritiers, en vain ces mêmes cohéritiers voudraient-ils prouver devant les tribunaux la calomnie d'une plainte capitale : il faut, dans le premier cas, qu'il y ait eu *condamnation*, et, dans le second, qu'il y ait eu *accusation jugée calomnieuse*. Dans une de ces circonstances, c'est au ministère public à faire constater le fait duquel dépendra la question civile d'indignité. C'est ainsi qu'une condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte la privation des droits civils. On conçoit cette conséquence d'une condamnation sur l'état, la condition d'un individu ; ce n'est pas là une influence d'une juridiction sur l'autre, c'est la qualité altérée par une condamnation. L'héritier sera indigne par la seule force de la loi et de la condamnation.

M. Boncenne, préoccupé, dans l'examen de cette sérieuse difficulté, des dispositions sur le faux, tire un argument de l'art. 463 du Code d instruction criminelle, et dit avec Merlin, *Questions de Droit*, v° *Faux*, § 6, qu'en cas de condamnation, même sans l'intervention d'aucune partie civile, en vertu de cet article, les pièces jugées fausses, en tout ou en partie, sont *supprimées*, *lacérées* ou *rayées*. « Le législateur pouvait-il, ajoutent ces deux savants jurisconsultes, annoncer d'une manière plus positive, que par cela seul que le faux était jugé constant avec le ministère public, il était censé jugé tel avec tous ceux à qui il importait que les actes qui en étaient infectés ne fussent plus reproduits en justice par l'accusé. Mettre l'accusé hors d'état d'en faire désormais aucun usage envers *qui que ce fût*, n'était-ce pas dire nettement qu'il ne serait plus désormais recevable à soutenir, envers *qui que ce fût*, qu'il ne s'était pas rendu coupable de faux. »

La disposition du Code d'instruction criminelle serait-elle aussi précise, que nous n'y trouverions pas encore une raison de décider. La pièce même déchirée, sur la plainte d'un fripon qui n'aurait pas osé toutefois se porter partie civile, on peut en trouver le double à sa mort, double reconnu par lui, et l'accusé gagnera alors devant les juges civils, un procès que la faillibilité humaine seule lui aura fait perdre devant les tribunaux criminels. Mais le Code d'instruction criminelle est loin d'être aussi explicite que le supposent MM. Merlin et Boncenne. L'article est ainsi conçu : « Lorsque les *actes authentiques* auront « été déclarés faux en tout ou partie, la Cour ou le tribunal qui aura connu du « faux ordonnera qu'ils soient *rétablis*, *rayés* ou *réformés*, et du tout il sera « *dressé procès-verbal*. »

Nous remarquons, 1° qu'il ne s'agit ici que des actes authentiques. Chaque jour des expéditions de ces actes peuvent être demandées, et il ne faut pas

qu'après un arrêt de condamnation on puisse délivrer une expédition reproduisant une erreur probable. 2° Ces actes ne doivent pas être supprimés ou lacérés autrement le législateur aurait été bien imprudent, car, sur le pourvoi de la partie condamnée, l'arrêt peut être cassé; et ce sera devant un autre jury que son innocence devra être proclamée, si la suppression était consommée, l'élément premier manquerait au procès. Que si l'on répond que l'exécution même de l'art. 463, quoiqu'il dise dans la *quinzaine de l'arrêt*, serait suspendu par un pourvoi, toujours est-il que toutes les parties peuvent avoir intérêt à ce que, devant les tribunaux civils, la pièce fausse soit représentée, ne serait-ce que pour servir de commencement de preuve par écrit. 3° Enfin le législateur a pris le soin lui-même d'*indiquer* qu'il ne voulait prescrire qu'une mesure essentiellement conservatrice. On *rétablit*, on *raye*, on *réforme*, mais on dresse du tout *procès-verbal*; c'est-à-dire qu'on énonce qu'à tel endroit on a ajouté un mot, que tel autre a été bâtonné, ou que tel phrase a été modifiée.

Voyons maintenant comment le législateur s'est exprimé dans le C. proc. civile, lorsque toutes les parties intéressées étaient en présence devant les tribunaux ordinaires. Art. 241 : « Lorsqu'en statuant sur l'inscription de faux, le tribunal aura ordonné la SUPPRESSION, la LACÉRATION ou la radiation en tout ou en partie, même la réformation ou le rétablissement des pièces déclarées fausses, il sera sursis à l'exécution de ce chef du jugement, tant que le condamné sera dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation, ou qu'il n'aura pas formellement et valablement acquiescé au jugement. »

Quelles différences dans l'expression même du législateur ! Ce ne sont plus ces simples modifications, ce n'est plus ce procès-verbal protecteur de tous les droits, c'est la *suppression*, la *lacération;* mais aussi elles ne pourront être consommées qu'après l'écoulement de tout délai pendant lequel une réformation serait possible. Qui ne voit dans cette rédaction un motif déterminant de dénier à un jugement criminel la force de *chose jugée* qu'on veut dissimuler sous le nom plus modeste d'*influence ?*

Quelques auteurs se sont emparés des termes assez obscurs de l'art. 214 du Code de procédure pour en conclure que tout jugement intervenu, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur, devait obtenir la force de la chose jugée. Pour être convaincu de l'erreur de ces jurisconsultes, il suffit de jeter les yeux sur les discussions qui ont eu lieu lors de la rédaction du Code, rapportées par M. LOCRÉ, t. 21, p. 454, n° 122, et 606, n° 14. M. Boncenne lui-même reconnaît que « ni les rédacteurs de l'ordonnance de 1737, ni les rédacteurs du Code « de procédure ne se sont occupés de ce point, et que l'on étend leur expression par delà leur pensée, en la détachant des règles du droit commun. Les « observations du tribunat, ajoute-t-il, prouvent assez clairement que ces « mots : *soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux*, ne se rapportent « qu'à une *simple vérification d'écriture*, qui aurait précédé l'inscription de faux, « et qui n'y peut jamais faire obstacle. Le reste n'est qu'une sorte d'incise qui « ne se lie pas autrement à la principale disposition de l'article. Ce serait fort « mal raisonner, je crois, que d'en extraire un argument *à contrario*, dont la « conséquence donnerait une autorité universelle au jugement intervenu en « faveur d'une pièce arguée. »

Pendant longues années, les auteurs, cédant à la doctrine de cette influence de la chose jugée au criminel, n'hésitaient pas à dire qu'un officier ministériel poursuivi criminellement ne pouvait plus l'être disciplinairement, lorsqu'il avait été acquitté ; la maxime *non bis in idem* était invoquée, et la jurisprudence flottait incertaine. Enfin, elle est fixée, et l'*influence* est écartée(1). Pour-

(1) Arrêt de cassation du 12 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 552)

quoi? Par cette raison qui a constamment vivifié notre discussion, que l'on ne rencontrait pas dans de semblables espèces tous les caractères de la chose jugée. Certes, c'étaient bien les mêmes parties puisque le ministère public était poursuivant dans les deux positions, mais l'objet n'était plus le même. Dans la première poursuite, l'application d'une peine était demandée aux juges compétents; dans la seconde, ce n'était plus qu'une mesure disciplinaire, tenant autant à l'honneur du corps de l'officier ministériel, qu'à l'intérêt général de la société. Si, au contraire, il était condamné, le fait même de la condamnation servirait de texte à la poursuite disciplinaire, non pas encore que l'officier ministériel ne pût pas prouver son innocence, et qu'on pût lui opposer l'arrêt qui l'aurait condamné, comme devant entraîner nécessairement une condamnation; car alors il y aurait, sur le fait, chose jugée, et nulle poursuite ne serait plus permise.

M. PIGEAU, dans son *Commentaire*, t. 1, p. 476, professe les principes de l'indépendance complète des juridictions. MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 418, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 565, admettent une distinction entre l'acquittement et la condamnation. Dans le premier cas, ils n'accordent pas la force de la chose jugée à la décision du tribunal criminel, mais, dans le second, ils la reconnaissent.

En cas d'acquittement, on peut dire que la jurisprudence est unanime (1); en cas de condamnation, elle est muette. Toutefois, nous croyons devoir transcrire, en terminant, les motifs du dernier arrêt de la Cour de cassation, qui nous paraissent révéler, en faveur de notre système, la pensée des magistrats de cette Cour. « Attendu, a dit la Cour, sur le premier moyen, tiré de la violation des art. 1350 et 1351 du Code civil (2), en ce que l'arrêt attaqué a déclaré « faux le contrat du 12 avril 1823, souscrit par l'auteur des défendeurs éventuels, au profit du demandeur, au mépris de la chose jugée par l'ordonnance « de non-lieu qui l'avait relaxé de l'accusation de faux, que cette ordonnance « qui, *dans un intérêt public et par voie criminelle*, n'avait statué que relativement à la personne de Charlot, n'a pu empêcher d'examiner *dans un intérêt « privé et par la voie du faux incident*, toutes les questions relatives à la fausseté « et à la validité du contrat dont le demandeur prétendait se prévaloir contre « les défendeurs éventuels, etc. »]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 153 et s.

§ IV. — *De la suite et de l'exécution du jugement définitif.* (Art. 241, 251.)

ART. 241. Lorsqu'en statuant sur l'inscription de faux, le tribunal aura ordonné la suppression, la lacération ou la radiation en tout ou en

---

(1) *V.* les arrêts de la Cour d'Amiens, du 3 août 1821 (*J. av.*, t. 14, p. 392); de la Cour de Caen, du 15 janv. 1823 (t. 25, p. 21); de la Cour de Paris, du 4 juillet 1823 (t. 25, p. 253); de la Cour de Bordeaux, du 23 janv. 1828 (*Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 3, p. 42); et de la Cour de cassation, des 21 messidor an 9, cité à la note par M. Carré; 4 mars 1817 (*J. av.*, t. 14, p. 391); 19 mars 1817 (*J. av.*, t. 22, p. 337); 12 août 1834, et 20 avril 1837 (*J. av.*, t. 50, p. 293, et t. 53, p. 692.) Un arrêt de la Cour de cassation, du 19 messidor an 7 (*J. P.*, 3e éd., t. 1, p. 429), semble vouloir imposer, dans tous les cas, la sentence criminelle aux juges civils; mais M. Merlin, dans ses *Additions aux Questions de droit*, v° *Faux*, § 6, déclare que cet arrêt est le résultat d'une erreur manifeste, et qu'il ne peut être justifié que par les circonstances dans lesquelles il a été rendu.

(2) Qu'on remarque bien que le demandeur en cassation n'avait pu fonder son pourvoi que sur la violation de la chose jugée, parce que le principe de l'*influence* ne trouve sa sanction dans aucun article de loi ……

partie, même la réformation ou le rétablissement des pièces déclarées fausses, il sera sursis à l'exécution de ce chef du jugement, tant que le condamné sera dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation, ou qu'il n'aura pas formellement et valablement acquiescé au jugement.

Ordonn. de 1737, tit. 1er, art. 59.—Code de proc., art. 244. C. d'inst. crim., art. 463.—[Armand Dalloz, vo *Faux incident*, nos 231 à 235. — QUESTIONS TRAITÉES : Si le jugement qui ordonne la suppression, la lacération, etc., avait été rendu contre un mineur, faudrait-il attendre, pour en effectuer l'exécution en ce point, qu'à sa majorité ce jugement lui eût été signifié de nouveau pour faire courir délai de la requête civile, et que ce délai fût expiré? *Q.* 944.—Le défendeur doit-il être appelé à l'opération? *Q.* 944 *bis.*]

CXCIX. Lorsque le tribunal juge que la pièce arguée est fausse en tout ou en partie, il peut ordonner non-seulement le rejet de cette pièce, mais encore sa *suppression*, sa *lacération* ou *radiation*, soit totale ou partielle, de même que sa *réformation* ou son *rétablissement*. Cependant, comme la lacération, la radiation ou la réformation d'une pièce l'anéantissent ou la dénaturent irréparablement, la loi veut qu'il soit sursis à l'exécution de ce chef du jugement, tant que la partie qui l'a produite sera dans les délais de se pourvoir, soit par *appel*, soit par *requête civile*, soit *en cassation*, à moins toutefois qu'avant l'expiration de ces délais, elle n'ait formellement et valablement acquiescé au jugement (1).

---

(1) Il convient, pour savoir comment s'exécute la disposition de l'art. 241, d'entrer dans quelques détails sur ce que le législateur a entendu par *suppression*, *lacération*, *réformation*, etc., de la pièce.

Et d'abord, le tribunal a-t-il déclaré qu'une pièce est fausse en entier, comme, par exemple, si la signature dont elle aurait été revêtue était jugée fausse? Il en ordonne la suppression, c'est-à-dire l'abolition, qui s'opère par *la lacération* ou le déchirement de cette pièce par le greffier (V. *Encyclop. méthod.*, part. *Jurisp.*, au mot *Lacération*, t. 5, p. 410), ou par sa *radiation* en entier.

Nous ne pensons pas, en effet, que le législateur, par le mot *suppression*, ait entendu parler d'une abolition de la pièce qui serait exécutée autrement que par lacération ou radiation.

Il serait possible, à la vérité, de supprimer la pièce, en ordonnant, par le jugement qui la déclarerait fausse, qu'elle restera déposée au greffe pour y demeurer, sans pouvoir être déplacée ni communiquée.

Mais comme l'art. 241 veut que le chef du jugement qui ordonne la suppression ne soit exécuté qu'après que ce jugement aura acquis toute l'autorité de la chose jugée, cette mesure supposerait que la pièce pourrait être remise jusqu'à cette époque; ce qui serait absolument contraire à la loi, qui veut évidemment qu'une pièce déclarée fausse ne sorte pas du greffe.

Il faut donc entendre, par le mot *suppression*, l'ordre que donne le tribunal à l'effet que la pièce reste déposée au greffe, pour être définitivement détruite au moyen de la lacération ou de la radiation, aussitôt que la partie aura acquiescé au jugement, ou que les délais pour se pourvoir par appel, requête civile ou cassation, seront écoulés.

Si la fausseté d'une pièce ne portait que sur une partie, soit des signatures, soit de l'écriture; si, par exemple, on avait mis dans une expédition des mots, des lignes, des pages qui ne seraient pas dans la minute; si l'acte déclaré faux se trouvait sur un registre dont la feuille ne pourrait être lacérée sans qu'il en résultât de dommage pour d'autres actes valables qui seraient écrits, en tout ou en partie, sur la même feuille, alors le tribunal se bornerait à ordonner *la radiation* de la portion seulement qui serait déclarée fausse.

Mais ici se présenterait encore une difficulté : la pièce restera au greffe jusqu'à l'époque où, par suite de l'acquiescement du condamné ou de l'expiration des délais pour se pourvoir contre le jugement, la radiation pourra être effectuée. Or, on opposera que l'acte peut recevoir son exécution relativement aux parties de la pièce qui auront été reconnues véritables, et qu'il ne serait pas juste, en ce cas, de la garder en dépôt au greffe.

La réponse à cette objection se trouve

[[Il est utile de consulter la théorie de M. BONCENNE, t. 4, p. 131, sur le sens et la portée de ces diverses expressions.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 160.

44. *Si le jugement qui ordonne la suppression, la lacération, etc., avait été rendu contre un mineur, faudrait-il attendre, pour en effectuer l'exécution en ce point, qu'à sa majorité ce jugement lui eût été signifié de nouveau, pour faire courir le délai de la requête civile, et que ce délai fût expiré?*

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 75, et M. DELAPORTE, t. 1, p. 240, tiennent l'affirmative, et se fondent sur ce que, la loi ne distinguant point, et le délai de la requête civile ne s'ouvrant contre le mineur qu'à sa majorité (*V.* art. 484), il n'y a pas de motifs pour le priver de l'effet de ce recours par un préjudice qui serait irréparable.

Il est évident, en effet, et c'est ce que l'art. 241 a surtout entendu prévenir, que le pourvoi en requête civile formé par le mineur deviendrait illusoire, si la pièce déclarée fausse par le jugement qu'il attaquerait avait été lacérée, radiée, réformée ou rétablie.

[[Cette solution, que nous croyons juste, se retrouve dans M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 421. M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 478, ajoute, avec raison, que, si la poursuite du faux est renvoyée au criminel, il faudrait attendre le jugement au criminel pour opérer la lacération.]]

[[**944 bis.** *Le défendeur doit-il être appelé à l'opération?*

Oui, car il peut avoir des raisons à proposer pour prouver qu'il est encore dans les délais, ou que, pour toute autre cause, la suppression ou lacération ne doit pas encore avoir lieu; c'est l'avis de M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 478.]]

ART. 242. Par le jugement qui interviendra sur le faux, il sera statué, ainsi qu'il appartiendra, sur la remise des pièces, soit aux parties, soit aux témoins qui les auront fournies ou représentées; ce qui aura lieu même à l'égard des pièces prétendues fausses, lorsqu'elles ne seront pas jugées telles : à l'égard des pièces qui auront été tirées d'un dépôt public, il sera ordonné qu'elles seront remises aux *dépositaires* (1), ou renvoyées par les greffiers de la manière prescrite par le tribunal; le tout sans qu'il soit rendu séparément un autre jugement sur la remise des pièces, laquelle néanmoins ne pourra être faite qu'après le délai prescrit par l'article précédent.

---

dans l'art. 245. (*V.* nos *Quest.* sur cet article.)

Il y a lieu à *réformation*, par exemple, si une copie authentique contenait frauduleusement des clauses et stipulations qui n'existeraient pas sur la minute, ou si, dans quelque pièce que ce fût, on avait, par erreur, ou à dessein, transposé, omis ou mal écrit des mots. En ces cas, on *réformerait* la pièce, en y supprimant ce qu'elle contiendrait de trop, en remettant à leur place, en ajoutant ou en écrivant de nouveau les mots transposés, omis ou mal écrits.

Enfin, *le rétablissement* a lieu dans le cas, par exemple, où la copie authentique ne renfermerait pas des clauses et des stipulations qui se trouveraient dans la minute, ou lorsque toute autre pièce ne contiendrait pas ce qu'elle devrait contenir, comme s'il y avait des ratures qui ne devaient pas être faites, etc.

(1) *Aux dépositaires*, lorsqu'ils se présenteront au greffe pour les retirer.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 278, n° 64.] Ord. de 1737, tit. 1er, art. 63.— C. de proc. art. 209, 244, C. d'inst. crim., art. 463 —[Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n°s 236, 237. — QUESTION TRAITÉE : Si le jugement a omis de prononcer sur la remise des pièces, comment pourra-t-on y faire statuer plus tard? *Q.* 944 *ter.*]

CC. Cet article ne fournit matière à aucune observation, si ce n'est que les pièces prétendues fausses ne doivent être rendues qu'autant qu'il a été jugé qu'elles ne l'étaient pas ; dans le cas contraire, on a vu par l'art. 241 qu'elles doivent être supprimées. Cependant on peut les remettre quand elles ne sont jugées fausses ou falsifiées qu'en partie, et que la réformation, ou le rétablissement a été ordonné. En ce dernier cas, la partie à laquelle on les a rendues ne peut s'en servir que dans ce dernier état. Il y a ensuite d'autres pièces qui doivent êtres rendues : ce sont celles qui ont été produites, soit pour servir à la vérification, soit pour prouver, d'un côté, la fausseté de la pièce, ou de l'autre sa véracité.

[[**944** ter. *Si le jugement a omis de prononcer sur la remise des pièces, comment pourra-t-on y faire statuer plus tard?*

Si la remise avait été demandée, on ne pourra se pourvoir que par appel, ou par requête civile, selon que le jugement est en premier ou dernier ressort.

Si elle n'avait pas été demandée des parties, les témoins ou les dépositaires pourront, plus tard, former cette demande devant le même tribunal, en intervenant sur l'exécution du premier jugement.

Voyez, à cet égard, les explications données par M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 479.]]

ART. 243. Il sera sursis, pendant ledit délai, à la remise des pièces de comparaison ou autres, si ce n'est qu'il en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la requête des dépositaires desdites pièces, ou des parties qui auraient intérêt de la demander.

Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 67, C. de proc., art. 1038.—[Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n°s 238 et 239. —QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 243 établit-il une exception à l'art. 242, de sorte que les parties elles-mêmes et les témoins puissent obtenir la remise des pièces fournies et représentées, avant l'expiration des délais? *Q.* 945 —Par qui sont supportés les frais de la remise des pièces? *Q.* 946.—Quelle procédure doit-on suivre pour former la demande en remise de pièces qui aurait lieu postérieurement au jugement, soit parce que le jugement ne s'en serait pas occupé, soit parce qu'il aurait sursis à cette remise? *Q.* 946 *bis*] Voy. *infrà*, p. 459, la Q. 946 *ter*.

CCI. Cet article a pour objet d'éviter les retards et les frais d'un second apport des pièces, en cas d'appel, de requête civile ou de pourvoi en cassation.

945. *L'art.* 243 *établit-il une exception à l'art.* 242, *de sorte que les parties elles-mêmes et les témoins puissent obtenir la remise des pièces par eux fournies et représentées avant l'expiration des délais?*

Il faut remarquer que l'art. 67 du tit. 1er de l'ordonnance de 1737, auquel renvoyait l'art. 47 du tit. 2, et dont notre art. 243 a, pour ainsi dire, répété les termes, supposait, par sa rédaction, qu'il entendait parler de toute pièce produite. Or, l'art. 243 semble le supposer également, puisqu'il se sert de ces expressions, *pièces de comparaison* OU AUTRES.

Il paraît donc que l'on doit appliquer ici ce que Serpillon, d'après Muyart de Vouglans, disait sur l'art. 67 de l'ordonnance, et décider que, sur la demande des dépositaires et autres parties intéressées, le tribunal peut ordon-

ner, avant l'expiration des délais mentionnés en l'art. 241, la remise de toute pièce, quelle qu'elle soit, fournie ou représentée, à la seule exception de celles qui auraient été l'objet de l'inscription. (*V.* art. 245.) (1)

[[La règle, dit avec raison M. BONCENNE, t. 4, p. 134, n'est pas tellement inflexible, en ce qui touche les actes fournis à l'instruction par les dépositaires et les témoins, qu'il ne soit pas permis aux juges de prendre en considération les motifs légitimes que ces personnes ou toutes autres y ayant intérêt peuvent faire valoir, afin d'obtenir plutôt la remise de leurs pièces; comme s'il s'agissait de poursuivre le paiement d'une dette échue ou d'interrompre le cours d'une prescription. La loi s'en rapporte à la sagesse et à la prudence du tribunal pour l'appréciation des circonstances, et pour les précautions qu'elles réclament.

Il est même évident que la nécessité de retirer les pièces produites, pour en faire usage en dehors de l'instance, peut se présenter aussi bien quand ces pièces appartiennent aux parties, que lorsqu'elles ont été apportées par des tiers.]]

946. *Par qui sont supportés les frais de la remise des pièces?*

C'est évidemment aux frais de celle des parties qui a succombé dans l'incident d'inscription; car elle y est condamnée par le jugement intervenu sur la contestation.

M. DELAPORTE, t. 1, p. 241, émet une semblable opinion; mais il pense, néanmoins, que celle des parties qui aurait succombé dans l'incident ne devrait supporter les frais d'une remise faite avant l'expiration des délais ci-devant indiqués, qu'autant que cette partie, étant intervenue, sur la demande du dépositaire, l'eût mal à propos contestée. M. Delaporte donne pour motif de cette solution le principe général d'après lequel nul ne doit supporter les dépens que dans le cas où il les aurait occasionnés par défaut d'exécution de son obligation, ou par une résistance injuste.

Nous estimons, sur cette question, que la demande de la remise des pièces, avant le délai, doit être formée contre les parties entre lesquelles l'instance en inscription de faux a été jugée, et que si la demande est accueillie, les frais qu'elle aurait occasionnés seront, ainsi que ceux de la remise des pièces, mis à la charge de celui qui aura succombé dans l'instance d'inscription. Quel serait, en effet, le motif de condamner aux frais de la remise celui qui serait jugé fondé dans la réclamation qu'il en aurait faite avant le délai? Cette réclamation n'est-elle pas évidemment une suite de la contestation, dans les frais de laquelle celui qui a succombé doit être condamné, puisqu'elle avait rendu nécessaire le dépôt des pièces?

Mais si le demandeur en remise succombait lui-même, nous penserions qu'il pourrait être condamné aux frais de sa demande, s'il l'avait formée sans motifs d'intérêt, du moins apparents, sauf à faire supporter au condamné, dans l'instance d'inscription, les frais de la remise à effectuer après les délais ou l'acquiescement.

[[Cette solution, fondée sur l'équité, est conforme à l'opinion de M. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 422.]]

---

(1) C'est aussi ce qu'ont pensé, contre l'opinion de M. DELAPORTE, t. 1, p. 241, les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 80 et 81. « On doit observer, disent-ils, que, par le mot *parties*, le législateur entend autant celles entre lesquelles l'inscription de faux aurait existé, que les tiers auxquels appartiendraient les pièces qui auraient servi à la vérification. »

[[946 bis. *Quelle procédure devra-t-on suivre pour former la demande en remise de pièces qui aurait lieu postérieurement au jugement, soit parce que le jugement ne s'en serait pas occupé, soit parce qu'il aurait sursis à cette remise?*

Si cette demande est formée par l'une des parties qui ont figuré dans l'instance, et dans l'année qui suit le jour du jugement, elle peut l'être par acte d'avoué à avoué, en vertu de la disposition de l'art. 1038. Il faudrait un ajournement si l'année était expirée, ou bien si la remise était demandée par les témoins ou par les dépositaires.

C'est ce qui résulte des explications données par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 479 et 480, sur les art. 242 et 243.]]

Supp. alph., V° *Faux incident civil*, n. 165.

ART. 244. Il est enjoint aux greffiers de se conformer exactement aux articles précédents, en ce qui les regarde, à peine d'interdiction, d'amende qui ne pourra être moindre de 100 fr., et des dommages-intérêts des parties, même d'être procédé extraordinairement, s'y il échet.

Ordonn. de 1737, tit. 1, art. 68.—C. de proc., art. 428, 1029 et suiv.—[Arm. Dalloz, v° *Faux incident* n° 241.—Carré, *Compét.*, 2e part., liv. 1er, tit. 3, chap. 2, quest. 143, éd. in-8°, t. 2, p. 390.— QUESTION TRAITÉE : S'il y avait lieu à poursuivre le greffier dans les cas mentionnés en l'art. ci-dessus, devrait-on préalablement en obtenir l'autorisation du conseil d'état, conformément à l'art. 75 de la loi du 22 frimaire, dite constitution de l'an VIII? *Q.* 947.]

CCII. On voit par cette disposition que les greffiers ne peuvent, en aucune manière, disposer des pièces qui ont servi à l'instruction du faux; gardiens judiciaires de ces pièces, ils ne doivent ni les remettre, ni les retenir qu'en vertu d'une disposition précise de la loi ou d'un jugement du tribunal : ici, la moindre négligence ou la moindre infraction est un délit de charge, et toutes les fois qu'au mépris des précédents articles, un greffier se permettrait, soit de refuser la remise des pièces, lorsqu'elle est ordonnée, soit de l'effectuer avant l'expiration des délais, il encourt les peines d'interdiction et d'amende, et la condamnation aux dommages-intérêts (1) des parties lésées; il est même exposé à des poursuites criminelles, si la prévarication est de nature à constituer un délit ou un crime (2). Voy. art. 479, Q. 1734.

947. *S'il y avait lieu à poursuivre le greffier dans les cas mentionnés en l'article ci-dessus, devrait-on préalablement en obtenir l'autorisation du Conseil d'Etat, conformément à l'article 75 de la loi du 22 frimaire, dite constitution de l'an VIII?*

Cette question a été décidée pour la négative, par arrêt de la Cour de cassation du 25 décembre 1807 (*J. Av.*, t. 14, p. 503). Cet arrêt a jugé que les greffiers, de même que les autres officiers ministériels, peuvent, lorsqu'ils prévariquent dans leurs fonctions, être poursuivis, sans qu'il soit besoin de recourir

---

(1) Ce qui comprend, suivant la remarque de Muyart de Vouglans (*V.* Serpillon, sur l'art. 68 du tit. 1er de l'ordonn. de 1737, auquel renvoyait l'art. 47 du tit. 12), les frais des saisies qui auraient été faites en vertu des pièces que le greffier aurait mal à propos remises.

(2) La poursuite extraordinaire, dit le commentateur de l'ordonnance, concerne le cas où il serait prouvé que la remise aurait été faite à prix d'argent, ou qu'il y aurait eu soustraction frauduleuse ou autre prévarication de la part du greffier.

à aucune autorisation préalable. (*V.* Comm. des *Ann. du Notar.*, t. 2, p. 83, et *J. Av.*, nouv. édit., v° *Inscription de faux.*)

[[Cet arrêt consacre les vrais principes de la matière; on doit entendre par agents du gouvernement, dans le sens de la constitution de l'an VIII, les fonctionnaires qui sont tellement sous sa dépendance qu'ils ne peuvent agir que d'après ses inspirations, et voilà pourquoi il n'est point permis de les poursuivre, sans l'autorisation du Conseil d'État, la présomption étant, jusqu'à preuve contraire, qu'ils n'ont fait qu'exécuter des ordres supérieurs. Tels ne sont pas les greffiers.

Cette doctrine est approuvée du reste par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 565, et par les rédacteurs du *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 408, dans la note qu'ils donnent sur l'arrêt cité par M. Carré; néanmoins on trouve rapportée dans cette note l'opinion divergente que M. LEGRAVEREND émet avec réserve sur la même question, t. 1, p. 498. M. MERLIN, *Rép.*, v° *Garantie des fonctionnaires*, n° 6, et M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 424, ont adopté une opinion conforme à celle de M. Carré.]].

ART. 245. Pendant que lesdites pièces demeureront au greffe, les greffiers ne pourront délivrer aucune copie ni expédition des pièces prétendues fausses, si ce n'est en vertu d'un jugement; à l'égard des actes dont les originaux ou minutes auront été remis au greffe, et notamment des registres sur lesquels il y aurait des actes non argués de faux, lesdits greffiers pourront en délivrer des expéditions aux parties qui auront le droit d'en demander, sans qu'ils puissent prendre de plus grands droits que ceux qui seraient dus aux dépositaires desdits originaux ou minutes; et sera le présent article exécuté sous les peines portées par l'article précédent.

S'il a été fait, par les dépositaires des minutes desdites pièces, des expéditions pour tenir lieu desdites minutes, en exécution de l'art. 203 du titre *De la Vérification des écritures*, lesdits actes ne pourront être expédiés que par lesdits dépositaires.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 278, n° 65.]—Ord. de 1737, tit. 1, art. 69.—C. de proc., art. 128, 203, 205, 228, 241, 839, 1029.—[Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n°s 240 et 241.—QUESTIONS TRAITÉES : Que doit porter le jugement qui autoriserait le greffier à donner copie ou expédition des pièces prétendues fausses? *Q.* 948.— L'art. 839 est-il applicable aux greffiers dépositaires de pièces remises au greffe pour servir à une inscription de faux? *Q.* 949.]

CCIII. Si les greffiers ne peuvent, de leur propre mouvement, disposer de ces pièces, la loi les autorise à en délivrer des expéditions, et, à cet égard, elle distingue les pièces prétendues fausses des autres pièces apportées pour servir à l'instruction du faux.

A l'égard des premières, comme elles peuvent être déclarées fausses tant qu'elles demeurent au greffe, c'est-à-dire tant qu'il n'y a pas de jugement définitif, ou qu'il reste une voie pour attaquer le jugement, le greffier n'en peut délivrer aucune expédition ou copie sans une autorisation du tribunal, à qui on expose par requête le besoin qu'on a de cette expédition, et l'usage qu'on se propose d'en faire.

Quant aux autres pièces dont les originaux ou minutes ont été remis au greffe, telles que les pièces de comparaison, et notamment les registres sur lesquels il y aurait des actes non contestés, comme ces actes ne sont point suspects, et que, par conséquent, on ne voit aucun danger à satisfaire les parties qui ont droit d'en demander expédition, les greffiers peuvent sans difficulté

délivrer les expéditions demandées par les parties, mais sans pouvoir, en cette circonstance, exiger des droits plus forts que ceux qui seraient dus au dépositaire de la minute, s'il délivrait lui-même l'expédition. Les greffiers qui contreviendraient aux dispositions énoncées dans cet article s'exposeraient aux mêmes peines dont nous avons parlé sur l'article précédent, c'est-à-dire à l'interdiction, à l'amende, aux dommages-intérêts des parties, et même à des poursuites criminelles (1)

948. *Que doit porter le jugement qui autoriserait le greffier à donner copie ou expédition des pièces prétendues fausses?*

Il doit ordonner que le greffier qui délivrera la copie ou l'expédition fera mention de l'inscription en faux et du jugement qui aura prononcé sur cet incident, afin que ceux devant qui cette pièce sera produite n'y aient que tel égard que de raison. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 350, et l'art. 839.).

[[*V.* aussi, dans le même sens, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 482; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 424.]]

949. *L'art.* 839 *est-il applicable aux greffiers dépositaires de pièces remises au greffe, pour servir à une inscription de faux?*

Oui, sauf la seule exception qui dérive de l'art. 245, en ce qu'il veut que le greffier ne donne copie des pièces prétendues fausses qu'en vertu de jugement.

Ainsi, relativement aux autres pièces déposées, le greffier doit se conformer à l'art. 839, et n'en délivrer des copies ou expéditions qu'aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayants cause. (*V.* DEMIAU CROUZILHAC, p. 182, et SERPILLON, sur l'art. 69, tit. 1 de l'ordonnance de 1737, auquel renvoie l'article 55 du tit. 2.)

[[Tout cela est sans difficulté. C'est aussi l'avis de M. BONCENNE, t. 4, p. 135.]]

ART. 246. Le demandeur en faux qui succombera sera condamné à une amende qui ne pourra être moindre de 300 fr., et à tels dommages et intérêts qu'il appartiendra.

[Notre Comment. du Tarif, t. 1, p. 278, n°s 66 et 67.]—Ordonn. de 1737, tit. 11, art. 29.—C. de Proc., art. 128, 213, 247.—[Notre Dictionn. général de proc., v° *Faux incident*, n°s 143 à 146. — ARM. DALLOZ, *ibid.*, n°s 242 et 249.—Locré, t. 21, p. 614.—QUESTIONS TRAITÉES : L'amende est-elle encourue de plein droit, en sorte que le receveur de l'enregistrement soit autorisé à en poursuivre le paiement, quoique la condamnation ne fût pas exprimée dans le jugement? *Q.* 950. — Les dommages-intérêts sont-ils dus de plein droit à la partie, de même que l'amende est due au fisc.? *Q.* 951] (2).

---

(1) Au surplus, la faculté qu'ont ici les greffiers de délivrer aux ayants droit expédition des actes non suspects dont ils se trouvent momentanément gardiens n'a pas lieu si le dépositaire naturel desdits actes a pris soin, avant de s'en dessaisir, d'en tirer une copie collationnée par le président du tribunal civil, suivant les formes prescrites en matière de vérification d'écriture; car, lorsque ce dépositaire s'est mis en état de continuer son service comme à l'ordinaire, il n'existe plus de motif pour qu'un autre empiète sur ses fonctions et sur ses droits.

[C'est aussi ce qu'enseigne, avec raison, M. BONCENNE t. 4, p. 135, *in fine.*]

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsque, sur l'appel d'un jugement qui a rejeté une inscription de faux, l'appelant principal fait défaut, on peut augmenter les dommages-intérêts réclamés par l'intimé appelant *à minimâ*. Rouen, 25 janv. 1814 (*J. av.*, t. 14, p. 384).

2° L'inscription de faux dirigée contre un acte reçu par un notaire peut devenir pour lui le fondement d'une action en dommages-intérêts. Ang., 25 avril 1822 (*J. av.*, t. 24, p. 122).

3° Mais il y a lieu d'écarter cette demande

CCIV. Au jour indiqué par l'avenir, la cause est appelée, les parties plaident sur la question de savoir si la preuve des moyens de faux est régulière et suffisante; les procès-verbaux d'enquête et le rapport d'experts, que la partie la plus diligente a levés et signifiés, sont respectivement discutés; le ministère public donne ses conclusions, et le tribunal prononce définitivement à l'audience même, si toutefois il n'a pas besoin d'ordonner un délibéré.

Le tribunal juge-t-il que *la pièce* arguée de faux est *véritable?* Il condamne le demandeur à une amende qui ne peut être moindre de 300 fr., à tels dommages et intérêts qu'il appartient, et aux frais de l'incident: puis il s'occupe de la cause principale, dont la poursuite avait été suspendue. V. art. 479, Q. 1734.

950. *L'amende est-elle encourue de plein droit, en sorte que le receveur de l'enregistrement soit autorisé à en poursuivre le paiement, quoique la condamnation ne fût pas exprimée dans le jugement?*

L'affirmative est fondée sur une juste analogie entre l'espèce de l'art. 246, et celle de l'art. 247, qui dispose formellement à ce sujet.

[[On ne saurait élever, sur ce point, le moindre doute. C'est aussi l'avis de M. BONCENNE, t. 4, p. 189.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 170.

951. *Les dommages-intérêts sont-ils dus de plein droit à la partie, de même qu l'amende est due au fisc?*

Non; le tribunal ne doit point en accorder, s'ils ne sont pas réclamés par celui contre lequel l'inscription de faux a été poursuivie; mais, s'il fait cette réclamation, le tribunal est tenu d'y faire droit, sauf à fixer le montant des dommages à telle somme qu'il juge appartenir. (*V.* Comm. des *Ann. du Not.* t. 2, p. 89.)

[[Nous ne pensons pas, comme M. Carré, que les dommages-intérêts soient nécessairement dus; les juges ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire. Il peut y avoir certains cas dans lesquels l'équité ne réclame pas une semblable condamnation. Dans le cas où il y a lieu à une condamnation à des dommages, M. PIGEAU, *Pr. civ.*, t. 1, p. 362, enseigne que la partie à qui on les accorde pourra encore obtenir d'autres réparations, comme la suppression des écrits, s'il en a été rédigé, l'impression et l'affiche du jugement.

Nous adhérons à ce sentiment, qui est aussi celui de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 426.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 174.

ART. 247. L'amende sera encourue toutes les fois que l'inscription en faux ayant été faite au greffe, et la demande afin de s'inscrire admise, le demandeur s'en sera désisté volontairement ou aura succombé, ou que les parties auront été mises hors de procès (1), soit par le dé-

---

comme prématurée jusqu'à ce que l'instance en faux incident civil soit jugée. Ang., 25 avril 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 122).]

(1) [« L'emploi de ces mots, a dit M. Boncenne, t. 4, p. 137, pouvait convenir à l'impression de criminalité qui enveloppait l'ancienne procédure du faux incident civil. Dans notre système actuel, c'est plus qu'un anachronisme, plus qu'une étrangeté, c'est un non-sens.

« On met ordinairement les parties *hors de cour* et *de procès*, en matière civile, lorsque l'objet du litige paraît trop mince et trop peu digne de l'attention de la justice. C'est l'application de la maxime *de minimis non curat prætor.*

« Au criminel, le hors de cause exprimait autrefois qu'il n'y avait pas assez de preuves pour asseoir une condamnation; c'était l'expression d'un doute qui laissait subsister la

faut de moyens ou de preuves suffisantes, soit faute d'avoir satisfait, de la part du demandeur, aux diligences et formalités ci-dessus prescrites; ce qui aura lieu, en quelques termes que la prononciation soit conçue, et encore que le jugement ne portât point condamnation d'amende, le tout quand même le demandeur offrirait de poursuivre le faux par la voie extraordinaire.

Ordonn. de 1737, tit. II, art. 50.—Cod. de proc., art. 229, dernier nnméro de l'art. 248, 250, 1029.—[Notre Dictionn. gén. de proc., v^is *Amende*, n°s 3 et 42; *Faux incident*, n°s 141 et 142.—Arm. Dalloz, v^o *Faux incident*, n°s 242 à 246.—Locré, t. 21, p. 457. — QUESTIONS TRAITÉES : S'il y a plusieurs demandes en faux ou plusieurs pièces arguées de faux, le tribunal doit-il multiplier les amendes suivant le nombre des pièces ou des individus? *Q.* 952. — De ce que l'art. 247 ne s'exprime point, sur les dommages-intérêts, comme l'article précédent, doit-on conclure que, dans le cas de condamnation à l'amende conformément à l'art. 247, il ne puisse y avoir condamnation aux dommages-intérêts? *Q.* 953.— L'amende est-elle encourue lorsque le tribunal rejette les moyens ou ne les admet pas? *Q.* 954.— L'amende est-elle encourue par celui qui se serait pourvu en faux principal, s'il arrivait que le faux fût déclaré constant par suite de l'instruction criminelle? *Q.* 955 — Pour que l'amende soit encourue, faut-il que le désistement dont parle notre article ait été accepté? *Q.* 955 *bis*.]

CCV. Cette amende a pour but de punir le demandeur en faux de la témérité de son accusation; elle est encourue par celui-ci, toutes les fois qu'après s'être inscrit en faux et avoir fait admettre son inscription, il ne réussit pas à faire déclarer la pièce *fausse*, ou du moins à la faire *rejeter*. Ainsi, que le demandeur *succombe*, qu'il se *désiste* volontairement, ou même que les deux parties soient mises hors de procès, faute par lui d'avoir observé *les formalités* prescrites ci-dessus, ou d'avoir articulé des moyens décisifs, ou d'avoir fourni des preuves suffisantes, il est toujours passible de l'amende, quels que soient d'ailleurs les termes du jugement, et quand bien même on n'y trouverait pas un seul mot concernant cette pièce.

Il y a plus : le demandeur offrirait-il, en ce cas, de poursuivre le faux par la voie criminelle, cette offre ne le dispenserait en rien du paiement de l'amende.

952. *S'il y a plusieurs demandes en faux ou plusieurs pièces arguées de faux, le tribunal doit-il multiplier les amendes suivant le nombre des pièces ou des individus?*

La négative nous paraît indubitable, dans le cas où plusieurs parties auraient déclaré s'inscrire conjointement et contre une ou plusieurs pièces que la partie adverse leur opposerait à toutes

Au contraire, si plusieurs parties avaient formé séparément, dans le même procès, plusieurs demandes en faux contre des pièces qui ne seraient oppo-

---

tache de l'accusation. Cette manière de jugement mitoyen entre l'absolution et la condamnation n'est plus permise aujourd'hui. (*V.* le *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Doute*, n° 2, et l'arrêt de cassation qu'il rapporte.)

« Or, je demande comment il est possible de mettre les parties *hors de Cour* sur une question de faux incident civil? Le tribunal, en admettant l'inscription, n'a-t-il pas déjà reconnu l'extrême importance du litige, et ne faut-il pas, en définitive, qu'il déclare fausse la pièce incriminée ou qu'il la déclare véritable, qu'il la rejette du procès ou qu'il l'y maintienne? Enfin, conçoit-on qu'un *hors de Cour* se puisse prononcer incidemment, alors que les parties restent encore dans les liens de l'instance principale? Le tribunal en avait fait l'observation; mais M. Locré nous apprend que l'on crut devoir s'en tenir à la rédaction de l'ordonnance de 1737 (*). Il est malheureux que les motifs de cette détermination ne se trouvent nulle part. »]

(*) *Législ. civ.*, etc., t. 21, p. 114.

sées qu'à chacune d'elles, chacune d'elles aussi nous paraîtrait encourir individuellement l'amende et les dommages-intérêts. (*V. Prat.*, t. 2, p. 132.)

[[La justesse de cette distinction ne peut être contestée.]]

953. *De ce que l'art. 247 ne s'exprime point sur les dommages-intérets comme l'article précédent, doit-on conclure que, dans le cas de condamnation à l'amende conformément à l'art. 247, il ne puisse y avoir condamnation aux dommages-intérêts?*

La condamnation aux dommages-intérêts peut avoir lieu dans l'un des cas prévus par l'art. 247, comme dans celui qui est mentionné en l'art. 246. Il nous semble seulement résulter du silence de l'art. 247 que le juge peut se dispenser, suivant les circonstances, d'accorder, dans l'espèce de cet article, les dommages-intérêts demandés; par exemple, comme le dit M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 183, lorsque les parties auraient été mises hors d'instance par défaut de preuves suffisantes; tandis qu'il ne pourrait, dans l'espèce de l'art. 246, se refuser à en accorder. (*V.* Comm. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 93.

[[La Cour de Rennes a jugé avec raison qu'une partie qui s'est inscrite en faux ne peut être condamnée à des dommages-intérêts, si elle s'en est désistée, avant toute poursuite, arrêt du 26 juillet 1826. (*J. Av.*, t. 18, p. 709.) *V. suprà, Quest.* 651, notre opinion sur le pouvoir discrétionnaire du juge.]]

954. *L'amende est-elle encourue, lorsque le tribunal rejette les moyens, ou ne les admet pas?*

On pourrait élever quelques doutes sur l'affirmative de cette question, attendu que l'art. 247 ne s'explique formellement qu'à l'égard du *défaut* de moyens: d'où l'on conclurait qu'il n'a entendu parler que du cas où le demandeur n'aurait pas signifié au défendeur ses moyens de faux, conformément à l'art. 229.

On ne saurait disconvenir que l'on pourrait appuyer jusqu'à un certain point ce doute d'un passage du Commentaire de Serpillon, p. 295, sur l'art. 50 de l'ordonnance; il dit, d'après Muyart, que, par ces mots, qu'on retrouve dans l'art. 47, *l'amende sera encourue.... quand les parties auront été mises hors de cause, soit par le défaut de moyens*, etc., l'ordonnance a eu en vue le cas où le demandeur n'aurait pas produit ses moyens.

Quoi qu'il en soit, nous estimons, comme DEMIAU-CROUZILHAC, p. 183, que ces mots, *défaut de moyens*, comprennent le cas où les moyens signifiés n'auraient pas été admis ou auraient été rejetés (1).

[[Nous pensons que la proposition ci-dessus résulte encore explicitement de ces mots de l'art. 246: *le demandeur en faux qui succombera*, et de ceux-ci de l'art. 247: toutes les fois que le demandeur en faux *aura succombé*. Au reste, ni M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 426, ni M. PICEAU, *Comment.*, t. 1, p. 485, n'élèvent le moindre doute sur cette solution.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*, n. 172 et s.

---

(1) L'art. 248 vient d'ailleurs à l'appui de cette opinion, puisqu'il n'a pas compris le défaut d'admission ou le rejet des moyens parmi les cas où l'amende n'est pas encourue. Or, il doit paraître évident que le législateur a entendu que, dès l'instant où l'inscription de faux a été admise, la condamnation doit avoir lieu. C'est d'ailleurs ce que le tribun Perrin nous semble exprimer, en disant (*V.* édit. de Didot, p. 99) que l'amende est encourue à partir de cette époque de la procédure, soit que, dans la suite, il n'y ait pas de *preuve du délit*, soit que le demandeur se soit désisté, ou qu'il soit arrêté dans sa poursuite.

955. *L'amende est-elle encourue par celui qui se serait pourvu en faux principal, s'il arrivait que le faux fût déclaré constant par suite de l'instruction criminelle?*

Nous pensons que l'amende est encourue sans restriction, d'après les termes des articles 246 et 247, et quel que soit l'événement de l'inscription de faux principal.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 566, embrasse l'opinion contraire, parce que, dit-il, si le faux principal réussit, c'est une preuve que l'inscription était bien fondée, que la pièce était fausse. M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 485, enseigne implicitement la même doctrine, puisqu'il dit que si, après le désistement du demandeur, le ministère public poursuit d'office au criminel, le succès de cette poursuite ne donnera plus au désistant le droit de redemander l'amende. Tout est consommé à son égard : si donc, au lieu de se désister, il s'était pourvu lui-même en faux principal, il pourrait, suivant M. Pigeau, redemander l'amende. Nous croyons cette opinion préférable à celle de M. Carré, dans le cas où le demandeur en faux se porterait partie civile devant la juridiction criminelle; car, il ne serait ni juste, ni raisonnable de faire porter la peine de la témérité à celui qui, par une voie ou par une autre, a obtenu un plein succès. Voy. *suprà*, *Quest.* 943, notre opinion sur l'influence de la chose jugée au criminel.]]

[[**955** bis. *Pour que l'amende soit encourue faut-il que le désistement dont parle notre article ait été accepté?*

Si, à la suite et sur le fondement de ce désistement, il intervient jugement qui déclare la pièce vraie, le demandeur est définitivement déchu du droit de s'inscrire en faux, le désistement a produit tout son effet sans avoir besoin d'être accepté.

Mais, s'il n'y a pas eu de jugement, le désistement n'empêche pas que le demandeur ne puisse s'inscrire en faux une seconde fois : il faut donc qu'il soit accepté. C'est aussi l'opinion de M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 484.]]

ART. 248. L'amende ne sera pas encourue, lorsque la pièce ou une des pièces arguées de faux, aura été déclarée fausse en tout ou en partie, ou lorsqu'elle aura été rejetée de la cause ou du procès, comme aussi lorsque la demande à fin de s'inscrire en faux n'aura pas été admise; et ce, de quelques termes que les juges se soient servis pour rejeter ladite demande, ou pour n'y avoir pas d'égard.

Tarif 75. — Ordonn. de 1737, tit. II, art. 51 —[Arm. Dalloz, v° *Faux incident*, n°s 247 et 250.—QUESTION TRAITÉE : Dans le cas où, conformément à l'art. 248, l'amende n'est pas encourue, la condamnation aux dommages-intérêts pourrait-elle être prononcée? *Q.* 956.] (1).

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'un acte argué de faux, rejeté du procès comme n'ayant pas les caractères d'authenticité voulus, reste certain d'ailleurs, et que les poursuites en inscription de faux sont arrêtées, il n'y a pas lieu de prononcer l'amende contre le demandeur, qui cependant a succombé. Bruxelles, 4 février 1808 (*J. Av.*, t. 2, p. 590).

2° Celui qui s'est inscrit en faux ne peut être condamné à l'amende de 300 francs comme s'il avait succombé, lorsque, par suite d'une tierce opposition, le jugement qui avait admis l'inscription de faux a été rétracté. Ce jugement n'existant plus, il se trouve alors dans la même position que si

CCVI. Si l'inscription de faux n'a pas été admise, l'amende n'est jamais encourue, de quelques termes que les juges se soient servis pour rejeter ladite inscription, ou pour ne pas y avoir égard.

Il en est de même, si, l'inscription de faux ayant été admise, le demandeur réussit à faire déclarer fausse, en tout ou en partie, la pièce, ou l'une des pièces arguées de faux, ou même s'il fait simplement rejeter cette pièce du procès.

956. *Dans le cas où, conformément à l'art. 248, l'amende n'est pas encourue, la condamnation aux dommages-intérêts pourrait-elle être prononcée?*

Nous ne le pensons pas, parce que la loi paraît supposer que le demandeur n'est pas blâmable de s'être inscrit en faux; et, en effet, si la pièce arguée a été déclarée fausse dans l'une de ses parties, la demande en inscription était fondée jusqu'à un certain point; si le tribunal n'admet pas l'inscription, ou s'il ordonne, mais sans déclarer précisément que la pièce est fausse, qu'elle sera rejetée du procès, le demandeur en inscription n'est pas réellement constitué en tort. (*V.* Commentaire inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 95.)

[M. DALLOZ, t. 8, p. 438, partage cette opinion de M. Carré. En fait, elle peut être fort équitable; mais, en droit, elle ne peut se soutenir. Dans tout procès civil des dommages-intérêts ne peuvent-ils pas être demandés par la partie qui réussit? Que devient le précepte à côté de ce pouvoir du juge? *V. suprà*, *Quest.* 951.]

ART. 249. Aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire à ce sujet telles réquisitions qu'il jugera à propos.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 278, nos 68 et 69.] — Ordonn. de 1737, tit. II, art. 51. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Faux incident*, nos 134 à 137. — Arm. Dalloz, *ibid.*, nos 107 à 112. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1, tit. II, art. 90, éd. in-8°, t. 2, p. 253 et 263. — Locré t. 21, p. 614. — QUESTIONS TRAITÉES: Une transaction faite avant l'admission de l'inscription, mais après la déclaration passée au greffe conformément à l'art. 218, est-elle sujette à homologation? *Q.* 957. — Le tribunal peut-il se refuser à homologuer la transaction en ce qui touche l'intérêt civil, lorsque le ministère public a déclaré poursuivre par voie criminelle? *Q* 958. — La transaction doit-elle de plein droit être réputée nulle et comme non avenue, si elle n'a pas encore été homologuée? *Q.* 959.]

CCVII. En général, toutes les parties qui jouissent de la libre disposition de leurs droits peuvent terminer, par transaction, leurs différends judiciaires: on peut donc ici, comme dans tous les autres cas, transiger, et par conséquent anéantir la procédure et dépouiller le tribunal de la connaissance du faux incident. Néanmoins, comme en cette matière, l'intérêt public qui réclame la répression des délits se mêle toujours à l'intérêt privé, qui ne tend qu'à des réparations pécuniaires, la loi veut que les parties soient tenues de soumettre au regard de la justice la transaction qu'elles ont pu faire, et que cette transaction ne puisse être exécutée, si elle n'a été homologuée par le tribunal, après avoir été communiquée au ministère public, lequel peut faire à ce sujet telle réquisition qu'il juge à propos.

---

l'inscription de faux n'avait pas été admise, cas où l'amende n'est pas encourue, d'après l'art. 248. Limoges, 18 février 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 496).

3° Lorsque la demande en inscription de faux est déclarée inadmissible comme non concluante au fond, le demandeur n'est pas passible de l'amende. Turin, 7 février 1809 (*J. Av.*, t. 14, p. 356).]

957. *Une transaction faite avant l'admission de l'inscription, mais après la déclaration passée au greffe conformément à l'art.* 218, *est-elle sujette à homologation?*

Nous ne croyons pas que cette question soit susceptible de difficulté sérieuse, quoique nous ayons entendu élever sur sa solution des doutes fondés sur ce que les poursuites de faux ne seraient réputées commencer qu'à partir de l'admission des moyens.

Mais l'art. 249 est conçu en termes généraux, et il est indubitable, suivant nous, que la déclaration d'inscription est le premier acte par lequel commencent les poursuites du faux, puisqu'il est immédiatement suivi d'autres actes qui conduisent au jugement sur les moyens; de même que la plainte est le fondement de la poursuite en faux principal qui la suit. Il est donc évident que la transaction faite dans cet intervalle arrête les poursuites, et, par conséquent, elle est nécessairement soumise à la formalité prescrite par l'art. 249.

[[Nous adoptons cette solution. Il est vrai que le demandeur pourrait se désister de sa déclaration, et que le tribunal se trouverait, par cela même, dessaisi de la connaissance du faux. Mais il n'en est pas d'une transaction comme d'un désistement : se désister, c'est reconnaître qu'on a eu tort d'arguer de faux la pièce, c'est la tenir pour vraie. La transaction, au contraire, ne préjuge rien sur le faux : et même il faut dire que le plus souvent on ne transige, en pareille matière, que quand la pièce est fausse.

M. THOMINE DESMAZURES semble dire, néanmoins, à la fin de la page 428 du t. 1, que ce n'est qu'après l'admission de l'inscription de faux, qu'il est interdit de transiger sans se soumettre à l'homologation. M. Pigeau, part. 2e, tit. 3, chap. 1er, art. 3, § 1, n° 8, paraît être de notre opinion, qui du reste est combattue par M. BONCENNE, t. 4, p. 145.]]

958. *Le tribunal peut-il se refuser à homologuer la transaction, en ce qui touche l'intérêt civil, lorsque le ministère public a déclaré poursuivre par voie criminelle?*

M. Demiau-Crouzilhac, pag. 183, considère l'homologation exigée par l'art. 249 comme une simple formalité de précaution, prescrite afin qu'on ne puisse soustraire le crime de faux aux poursuites que l'intérêt de la société commande. Or, ce but est rempli lorsque le ministère public a requis que la procédure et les pièces soient renvoyées au substitut du procureur général près le juge d'instruction : il n'y a donc plus de motifs, selon cet auteur, pour que le ministère public empêche et que le tribunal refuse l'homologation, en ce qui concerne l'intérêt privé. Sous ce rapport, dit-il, l'homologation est *de droit*.

On croirait facilement que M. Pigeau partagerait cette opinion, en ce qu'il dit, t. 1, p. 344, que, si l'on peut, d'après l'art. 2046 du Code civil, transiger sur l'*intérêt civil* qui résulte d'un délit, on ne peut, lorsqu'il est question de faux, faire exécuter la transaction, en ce qui concerne *l'intérêt public*, si elle n'a été homologuée.

Ainsi, dira-t-on, toutes les fois que la transaction n'apporte aucun empêchement à ce que les conclusions du ministère public produisent leur effet, elle doit, quoiqu'il déclare poursuivre, être homologuée en tout ce qui ne concerne que l'intérêt privé.

Nous ne partageons point cette opinion, et nous nous fondons sur le texte de l'art. 249, qui n'établit ni ne suppose cette distinction, et qui exige, comme

une condition nécessaire pour l'exécution de la transaction, qu'elle soit *homologuée*, c'est-à-dire approuvée, sanctionnée par le tribunal (1).

[[*V.* nos observations sur la *Quest.* 959.]]

959. *La transaction doit-elle, de plein droit, être réputée nulle et comme non avenue, si elle n'a pas encore été homologuée?*

Serpillon se prononce affirmativement sur cette question. « Jusqu'à l'homologation, dit-il (*V.* art. 52, tit. 2 de l'ordonn., pag. 301), la transaction est nulle et son effet suspendu : ainsi, l'une des parties peut revenir contre cet acte, s'opposer à l'homologation, et continuer ses poursuites en faux principal ou incident. »

Nous doutons que cette décision doive être adoptée sans modification.

Une partie qui aurait des motifs légitimes de rétracter une transaction, et qui, par exemple, offrirait de prouver qu'elle a acquis de nouvelles preuves du faux, ou qu'elle a été surprise, pourrait, sans doute, s'opposer à l'homologation; le tribunal aurait alors à juger si elle est fondée dans son opposition, et à homologuer ou non, suivant les circonstances.

Mais nous ne pensons pas que la transaction puisse être réputée *nulle de plein droit*, par cela même qu'elle n'aurait pas encore été homologuée; et nous nous fonderons, à ce sujet, sur l'art. 2046 du Code civil, qui autorise les parties à transiger sur le faux comme sur tout autre délit. Si l'art. 249 du Code de procédure fait dépendre l'exécution de la transaction de l'homologation du tribunal, le contrat n'en subsiste pas moins dans l'état jusqu'à cette homologation : il faudrait donc, pour qu'une partie fût fondée à s'y opposer dans son intérêt, qu'elle apportât des motifs légitimes de cette opposition (2).

---

(1) Nous remarquerons, au surplus, que l'art. 52 de l'ordonnance était conçu dans les mêmes termes que l'art. 249 de notre Code actuel. Or, il suffit de lire le Commentaire de Serpillon, p. 299, pour se convaincre que tous les auteurs estimaient que les juges pouvaient refuser l'homologation, sous le rapport même de l'intérêt privé.

Vainement, selon nous, opposerait-on l'art. 2046 du Code civil et l'art. 4 du Code d'instruction criminelle, et dirait-on que, ces articles autorisant la transaction sur l'intérêt civil résultant d'un délit, c'est vouloir rendre ces dispositions sans effet, que d'admettre que le tribunal peut refuser d'homologuer la transaction en ce qui ne touche que cet intérêt seulement.

Nous répondons que ces articles reçoivent leur application, en ce sens que le tribunal ne pourrait annuler la transaction, sous le prétexte qu'elle aurait un délit pour objet; mais puisque le législateur, dans le cas particulier du faux, a subordonné sans distinction l'exécution de la transaction à une homologation qu'il n'a pas prescrite dans les autres cas, les articles ci-dessus mentionnés ne sont d'aucune considération pour empêcher un tribunal de refuser l'homologation de la transaction, encore bien qu'elle ne fût relative qu'à l'intérêt privé. (*V.* la *Question* 959.)

(2) Il n'y a rien en cela d'opposé à la solution donnée sur la question précédente. Si nous avons dit que le tribunal pouvait refuser l'homologation, même en ce qui ne toucherait que l'intérêt civil, c'est parce que le législateur a voulu prévenir une contradiction, entre une décision qui sanctionnerait des conventions d'après lesquelles les parties reconnaîtraient qu'il n'y aurait pas lieu à poursuivre un faux, et une décision qui, en même temps, donnerait acte au ministère public des poursuites qu'il entendrait former; c'est enfin parce que l'homologation que la loi exige est un jugement, et que l'art. 3 du Code d'instruction ne permet pas qu'un jugement civil soit rendu, sur une matière qui fait l'objet de poursuites criminelles, avant l'arrêt qui doit être prononcé sur ces poursuites.

Si donc il n'y avait pas lieu à refuser l'homologation, parce que le ministère public ne s'y opposerait pas, le tribunal n'aurait plus à s'arrêter à ces considérations d'ordre public; il n'aurait qu'à prononcer entre les parties et relativement à leurs intérêts privés. En ce cas, il se trouverait soumis aux principes du droit commun, d'après lesquels

[[Les deux questions examinées par M. Carré, sous les nos 958 et 959, sont d'une solution fort difficile.

Le système de M. Carré est celui-ci : l'homologation est nécessaire ; la transaction n'est point caduque en attendant cette homologation, mais elle est sans valeur : devant le tribunal, une des parties peut faire valoir des motifs graves pour faire refuser cette homologation.

M. PIGEAU (*loco citato*), au contraire, n'exige l'homologation que dans l'intérêt de l'ordre public, tout étant consommé pour l'intérêt privé.

M. DALLOZ, t. 8, p. 438, n° 33, adopte *in extenso* l'opinion de M. Carré, en ce sens qu'il permet aux parties, jusqu'à l'homologation, de dire *je ne veux plus*, l'acte, selon lui, étant demeuré imparfait. Cet auteur cite deux articles du Code civil (932 et 1121), qui lui paraissent fournir des exemples frappants par leur analogie (1).

MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 428; BONCENNE, t. 4, p. 142; et MANGIN *Traité de l'action publique et de l'action civile*, p. 56, n° 30, adoptent une opinion entièrement opposée à celle de M. Dalloz, et un arrêt du 12 février 1830, de la Cour de Bruxelles (*J. Av.*, t. 41, p. 591), a consacré leur doctrine.

Nous adoptons, sans restriction, le sentiment de la Cour de Bruxelles; l'erreur vient, à notre avis, d'une confusion qui a été faite entre l'exécution et la validité de la transaction sur le faux. L'article 249 ne parle nullement de la *validité* de la transaction, seulement il déclare son exécution impossible jusqu'à l'homologation.

Les parties pouvaient transiger, elles l'ont fait, le contrat est parfait; il n'y a plus de procès. L'une d'elles veut-elle poursuivre l'exécution de la transaction? Alors il lui faudra la sanction des magistrats : et si la transaction avait eu lieu verbalement par une tradition manuelle d'une somme dont on avait présenté une fausse quittance, ira-t-on jusqu'à soutenir que la somme devrait être restituée parce qu'il n'y aurait pas eu homologation ?

Nous croyons inutile de rentrer dans les nombreuses raisons qui ont été présentées, avec clarté et talent, par MM. Boncenne et Mangin, pour prouver que l'art. 249 ne concernait que l'ordre public. Nous nous contenterons de faire observer que l'exécution dont s'est préoccupé le législateur est surtout la remise des pièces qui faisaient l'objet du faux incident.

On avouera sans doute que notre opinion est plus morale que ce repentir que M. Dalloz permet, et qui ressemble si fort à la mauvaise foi.]] **Supp. alph.**, V° *Faux incident civil*. n. 184, 185.

ART. 250. Le demandeur en faux pourra toujours se pourvoir, par la voie criminelle, en faux principal; et, dans ce cas, il sera sursis au jugement de la cause, à moins que les juges n'estiment que le procès puisse être jugé indépendamment de la pièce arguée de faux.

Ord. de 1737, tit. 2, art. 50.—C. de Proc., art. 240, 448 et 480.—C. C., art. 1319, 2046.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Faux incident*, n°s 56, 147 a 154.—Arm. Dalloz, *eod.*, n° 4.—QUESTIONS TRAITÉES : Si le demandeur en faux incident veut se pourvoir, par la voie criminelle, en faux principal, le tribunal *doit-il*, avant de surseoir, examiner si le procès peut être jugé indépendamment de la pièce arguée? *Q.* 960.— Le demandeur en faux iocident pourrait-il se pourvoir en faux principal avant le jugement de l'instance civile, si son inscription avait été rejetée poor omission de formalité? *Q.* 961.— La partie qui a sommé l'autre de déclarer si elle entend se servir de la pièce conserve-t-elle la faculté de se pourvoir en faux principal, même lorsque celle-ci renonce à s'en servir? *Q.* 962. —

---

lui ne peut revenir, sans motifs légitimes, contre les conventions qu'il a souscrites.

(1) Ces deux articles supposent le cas ou aucun contrat n'est encore complété par la volonté des deux parties. Ils ne nous semblent donc avoir aucun trait à la difficulté.

Lorsqu'une pièce authentique est produite dans un procès civil, le tribunal pourrait-il, en cas de plainte en faux principal contre cette pièce, surseoir au jugement du procès? *Q.* 963.] (1)

CCVIII. La partie publique n'est pas la seule qui puisse suspendre la poursuite du faux incident; l'auteur même de cette poursuite, le demandeur en faux, peut, tant qu'il n'y a pas de jugement définitif rendu sur son inscription, se pourvoir par la voie criminelle en faux principal (2), et, dans ce cas, il est

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'une Cour de justice criminelle ordonne qu'il sera poursuivi d'office, à la requête du procureur général, sous la condition que le dénonciateur consignera au greffe la somme nécessaire pour les frais, la Cour royale doit surseoir au jugement de l'instance introduite devant elle entre ce dénonciateur et les individus qu'il accuse.

Mais s'il intervient un arrêt de la même Cour qui renvoie le dénonciateur se pourvoir ainsi qu'il verra, et que ce dernier ne prouve pas qu'il se soit postérieurement pourvu en faux principal, il devient nécessaire de mettre fin au sursis, et de statuer entre parties sur la demande des intimés. (Rennes, 9 août 1809, *J. Av.*, t. 14, p. 364.)

2° Lorsque, dans le cours d'une saisie immobilière, on rend plainte en faux principal contre des actes du ministère de l'huissier, il doit être sursis aux poursuites, même à l'adjudication préparatoire, quoique la mise en accusation du prévenu n'ait pas encore eu lieu. (*Cass.*, 15 fév. 1810, *J. Av.*, t. 14, p. 368.)

NOTA DE M. CARRÉ. La raison en est que l'art. 1319 du Code civil ne s'applique qu'à des actes emportant obligation, à des actes dont l'exécution peut être poursuivie *de plano;* en un mot, à des actes notariés, qui sont les seuls auxquels convienne la définition de l'acte authentique, telle qu'elle est donnée dans l'art. 1317 du Code civil.

Mais, pour qu'il y ait lieu à suspendre les poursuites, il faut nécessairement que celui qui argue l'acte de faux justifie sa plainte; il ne lui suffirait pas d'alléguer ce faux. (Paris, 8 germ. an 13; *Jurisprud. des Cours souv.*, t. 6, p. 56; et *J. Av.*, n. éd., v° *Inscription de faux.*)

3° La partie demanderesse en faux incident civil ne peut pas provoquer l'exécution, de la part du ministère public, de la disposition de l'art. 460 du Code d'instruction. (Rennes, 28 août 1814, *Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 348; et *J. Av.*, t. 14, p. 385.)]

(2) La partie qui a porté en justice civile une action fondée sur un délit, ne peut en abandonner les poursuites pour se pourvoir au criminel : tel est le principe général consacré par la jurisprudence de tous les temps, et qui a introduit cette maxime : *On ne peut prendre la voie la plus dure après avoir pris la voie la plus douce.* (V. *Nouv. Répert.*, aux mots *Conversion*, *Intervention* et *Plainte.*)

[M. MANGIN, t. 1, p. 66, n° 35, cite de nombreuses autorités.]

On voit que l'art. 250 ci-dessus fait à ce principe une exception, dont le motif nous paraît fondé sur ce que la partie à laquelle on oppose une pièce dans le cours d'une instance, n'a pas le temps nécessaire pour réfléchir sur la voie qu'il lui conviendrait mieux de prendre; elle est obligée de présenter de suite son exception, et il serait conséquemment injuste de la priver de la voie criminelle, lorsque les premiers actes de l'instruction sur le faux incident civil lui ont fourni des renseignements de nature à lui faire préférer les poursuites en faux principal.

[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 430, n'hésite pas à décider, comme M. Carré le fait dans cette note, que la voie criminelle peut être prise en tout état de cause par le demandeur en faux incident. Mais M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 488, se prononce dans un sens tout opposé. Ce dernier auteur distingue trois époques : 1° Avant l'inscription de faux; 2° Pendant l'instruction sur le faux incident; 3° Après le jugement.

Or, d'après lui, la faculté de se pourvoir au criminel n'est ouverte que durant la première époque, et durant la troisième, si toutefois la pièce n'a pas été formellement déclarée vraie ou fausse.

Durant la seconde époque, le demandeur en faux incident serait irrecevable à se pourvoir au criminel, parce qu'il ne peut prendre la voie la plus rigoureuse après avoir choisi la plus douce.

On a vu néanmoins, sous la *Question* 940 *quater*, que M. Pigeau accorde la faculté de renoncer à la poursuite civile pour la voie criminelle, lorsque, celle-ci ayant été provoquée par le ministère public, la partie se contente d'y intervenir.

D'abord, ces deux décisions du même au-

encore sursis au jugement de la cause civile; à moins cependant que les juges n'estiment que le procès peut être jugé indépendamment de la pièce arguée de faux; ce qui doit arriver rarement après l'admission de l'inscription, puisqu'une décision semblable serait en contradiction avec le jugement qui aurait prononcé cette admission.

960. *Si le demandeur en faux incident veut se pourvoir, par la voie criminelle, en faux principal, le tribunal* DOIT-IL, *avant de surseoir, examiner si le procès peut être jugé indépendamment de la pièce arguée?*

L'art. 250 dit seulement qu'en cas de faux principal, il sera sursis au jugement de la cause, à moins que *les juges n'estiment* que le procès puisse être jugé indépendamment de la pièce arguée : la loi ne paraîtrait donc pas exiger impérieusement que les juges examinassent, avant tout, s'ils peuvent juger le fond sans recourir à la pièce; elle exigerait bien moins encore qu'il y eût jugement sur ce point; elle ne déterminerait même aucune forme extérieure, démonstrative de l'opinion qu'auraient eue les juges sur le point de savoir s'ils pouvaient ou non juger sans la pièce.

De ces observations, on conclurait peut-être que, dès que les juges accordent un sursis, ils reconnaissent implicitement que la pièce est nécessaire. (*V. Jurispr. sur la procéd.*, t. 1, p. 394.)

Néanmoins, la Cour de cassation, par arrêt du 13 août 1807, rendu par la section criminelle (*V. S.*, t. 8, 1re part., p. 104; et *J. Av.*, t. 14, p. 336), a décidé qu'il y avait contravention à l'art. 250 du Code de procédure, dans le cas où l'on n'eût pas examiné s'il y avait lieu à juger le procès au fond, indépendamment de la pièce arguée de faux, ou à prononcer le sursis.

Cet arrêt, que les auteurs que nous venons de citer ne considèrent pas comme devant fixer la jurisprudence sur le point de forme qu'il a décidé, peut sembler opposé aux solutions que nous avons données p. 368 et 369, et *Quest.* 942e relativement à l'application de l'art. 240.

Mais nous ferons observer que cet article ne parle pas, comme l'art. 250, de l'examen de la question de savoir si le procès peut être jugé indépendamment de la pièce arguée. Nous avons dit, à la vérité (*V.* la 942e *Quest.*), que

---

teur nous paraissent contradictoires, et nous ne voyons pas de motifs différents de décider dans l'un et dans l'autre cas.

Mais ce qui nous semble surtout trancher la difficulté, ce sont les expressions si énergiques de l'art. 250, comme le disent MM. BONTENNE, t. 4, p. 74, et MANGIN, t. 1, p. 68, n° 36 : « Le demandeur en faux pourra TOUJOURS se pourvoir, par la voie criminelle, en faux principal. »

D'un côté, ce mot *toujours* indique, de la manière la moins équivoque, que la loi entend parler de toutes les époques, de toutes les périodes de la procédure; et si elle n'avait voulu désigner que le temps antérieur à la poursuite incidente, ou postérieur au jugement, non-seulement elle n'aurait pas eu besoin de se servir de ce mot *toujours*, qui eût été un contre-sens, mais encore elle pouvait se dispenser d'écrire la disposition dont nous nous occupons, car la faculté que cette disposition semble conférer aurait existé de droit pour ces deux époques; ce n'est que pour le temps que dure la poursuite en faux incident que la disposition était nécessaire afin d'introduire une exception au principe invoqué par M. Pigeau, et qui n'a pas lieu en toute autre circonstance ; c'est donc principalement à cette époque qu'elle s'applique.

En second lieu, c'est au *demandeur en faux* que notre article accorde la faculté dont il s'agit. Or, avant que l'inscription en faux ait été faite, après qu'elle a été définitivement jugée, y a-t-il un demandeur en faux? et c'est pourtant sous cette dénomination seule que la loi désigne la partie, preuve évidente que la loi a principalement envisagé l'époque où cette dénomination lui appartient, c'est-à-dire l'époque pendant laquelle se poursuit le faux incident. *V.* de plus la *Question* 961.]

les juges pouvaient, dans le cas même de l'art. 240, se livrer à cet examen; mais il y aurait, entre les art. 240 et 250, cette différence, que, dans le cas auquel le premier se rapporte, il n'y aurait pas pour le juge obligation, mais seulement faculté de décider préalablement si le procès peut ou non être jugé au fond indépendamment de la pièce arguée, en sorte que le sursis serait de droit; tandis que, dans l'espèce du dernier article, cette obligation serait imposée au juge, d'après l'arrêt ci-dessus rapporté.

On peut donc concilier la décision de cet arrêt avec ce que nous avons dit p. 368 et 369, et *Quest.* 942e.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 566, dit aussi : Dans le cas de cet article, le sursis est *facultatif*, dans celui de l'art. 240, il est *obligé*. C'est-à-dire que, dans le cas de l'art. 250, c'est aux juges qu'il appartient de décider si le sursis est nécessaire, et par conséquent ils doivent s'occuper de la question, si toutefois elle leur est soumise par les conclusions du défendeur en faux; car, d'office, ils le pourraient, mais ils n'y sont pas obligés. Il n'y a là aucune raison d'ordre public.

L'arrêt de la Cour de cassation, cité par M. Carré, ne peut être d'aucune application à la question posée; la Cour a cassé parce que l'arrêt attaqué n'avait pas sursis sans donner ce motif que *la pièce arguée de faux était inutile au jugement du procès sur le fond ;* ce qui était une double violation, et de l'art. 250 du Code de procédure, et de la loi qui exige des motifs explicites dans les décisions judiciaires.

Dans le cas de l'art. 240, la loi elle-même prononce le sursis ; ils n'ont pas besoin d'en examiner l'opportunité.

Au reste, pour qu'une plainte en faux principal puisse arrêter le jugement d'une contestation, il faut qu'elle désigne les auteurs ou complices du faux, et qu'elle soit faite par la partie elle-même ou son mandataire spécial, sans cela la Cour saisie de l'affaire peut passer outre, en rejetant la demande en sursis. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 331).]]

961. *Le demandeur en faux incident pourrait-il se pourvoir en faux principal, avant le jugement de l'instance civile, si son inscription avait été rejetée pour omission de formalités?*

M. DELAPORTE, t. 1, p. 246, estime que, si l'inscription avait été rejetée faute par le demandeur d'avoir observé quelqu'une des formalités prescrites, il ne peut plus prendre la voie du faux principal qu'après le jugement de l'instance civile.

Cette opinion était fondée, sans doute, sous l'empire de l'ordonnance de 1737 (*V.* Serpillon, sur les art. 20, 21 et 22 du tit. 2 de cette ordonn.); mais l'art. 250 du Code de procédure, loin de répéter les expressions de cette ordonnance, d'où l'on pouvait tirer la conséquence que M. Delaporte érige en principe, dit au contraire que le demandeur en faux *pourra toujours* se pourvoir par la voie criminelle : on ne saurait donc admettre l'exception que fait cet auteur.

[[Sur cette question, qui a la plus grande analogie avec celle que nous avons examinée sous la note du n° CCVIII, M. PICEAU, t. 1, p. 489, partage avec raison l'opinion de M. Carré. Si la vérité ou la fausseté de la pièce peut avoir de l'influence sur le jugement du procès, il faut bien, dit cet auteur, attendre la décision du tribunal criminel, sans quoi l'on s'exposerait à voir le jugement civil attaqué par appel, ou par requête civile, comme rendu sur pièces fausses, art. 448 et 480, 9°.]]

962. *La partie qui a sommé l'autre de déclarer si elle entend se servir de la pièce, conserve-t-elle la faculté de se pourvoir en faux principal, même lorsque celle-ci renonce à s'en servir?*

Un arrêt de la Cour de cassation, du 28 octobre 1813, section criminelle (V. *J. Av.*, t. 14, p. 381), décide de la manière la plus formelle que la poursuite en faux principal, à la requête du ministère public, ne peut être paralysée par la circonstance que le prévenu aurait déclaré, sur la sommation qui lui en aurait été faite dans le cours d'une instance civile, qu'il n'entendait pas se servir de la pièce.

L'évidence de cette décision est sensible, surtout d'après ce que nous avons dit p. 364.

Mais on pourrait élever quelque doute sur le point de savoir s'il en est ainsi à l'égard de la partie civile : c'est l'objet de notre question.

L'arrêt précité décide implicitement l'affirmative par ses considérants, dans lesquels on lit que, « d'après les art. 19, 20 et 21 du tit. 2 de l'ordonnance « de 1737, lorsqu'une pièce était rejetée d'un procès, sur la déclaration faite « par celui qui l'avait produite de renoncer à s'en servir, la partie civile con- « servait le droit de se pourvoir en faux principal, sous diverses distinctions, « et que le Code de procédure a formellement disposé, par son art. 250, que « le demandeur en faux pourra toujours se pourvoir, par la voie criminelle, « en faux principal; qu'enfin, en accordant cette faculté à la partie civile, « cet article a reconnu nécessairement qu'elle était de droit pour la partie « publique. »

Or, aucune des distinctions de l'ordonnance n'ayant été reproduite par le Code, qui, au contraire, dispose de la manière la plus générale, on ne doit pas, à notre avis, hésiter sur la solution que suppose cet arrêt : il y en a d'ailleurs une raison décisive; c'est que la pièce n'étant rejetée du procès que sur la déclaration de la partie de ne pas s'en servir, n'est pas déclarée fausse, elle reste à la disposition de celle-ci; par conséquent, elle peut causer préjudice à la partie civile, sous d'autres rapports que ceux résultant du procès duquel elle est rejetée; et si, après le rejet prononcé par jugement, la partie civile a encore la ressource du faux principal, à plus forte raison doit-elle être libre d'en user dans l'hypothèse que nous venons d'examiner.

[[Cette solution très juste est également adoptée par MM. PIGEAU, t. 1, p. 488, et BONCENNE, t. 4, p. 74.]]

963. *Lorsqu'une pièce authentique est produite dans un procès, le tribunal pourrait-il, en cas de plainte en faux principal contre cette pièce, surseoir au jugement du procès?*

On oppose qu'en ordonnant le sursis, le tribunal arrête l'exécution de l'acte; or, d'après l'art. 1319 du Code civil, l'exécution de l'acte authentique argué de faux ne peut être suspendue, en cas de plainte en faux principal, que par la mise en accusation.

Cette objection nous paraît erronée. Autre chose est de surseoir au jugement d'un procès à l'occasion duquel un acte authentique serait produit; autre chose est de suspendre l'exécution de cet acte. Ainsi, le sursis au jugement n'empêcherait pas que l'on ne mît l'acte à exécution, si le prévenu de faux n'avait pas encore été constitué en état d'accusation (art. 1319); mais il suffirait que la plainte en faux principal eût été portée, pour qu'il fût sursis, conformément aux art. 240 et 250 du Code de procédure, et à l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, au jugement du procès civil, sous le cours duquel

l'acte aurait été servi. (*V.* Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 100 et 101.)

Si, au contraire, la mise en accusation avait déjà eu lieu à l'époque où le tribunal aurait à prononcer le sursis, il serait fondé à ordonner la suspension de l'exécution, de même qu'il le serait après une inscription en faux incident. (*V.* 924e *Quest.*) (1)

[[Il y a, relativement aux actes authentiques, une distinction à établir entre les effets d'une plainte en faux principal, et ceux d'une inscription de faux incident; il y a aussi lieu de distinguer le cas où l'on demande que l'exécution de ces actes, s'ils sont exécutoires par eux-mêmes, soit suspendue et celui où l'on demande seulement qu'il soit sursis au jugement du procès dans lequel sont produits ces actes. La plainte en faux principal ne suffit pas seule pour faire suspendre l'exécution d'un acte authentique, il faut qu'il y ait eu aussi accusation : voilà ce que dispose l'art. 1319 du Cod. civ., et ce que décide un arrêt de la Cour de Colmar, du 4 août 1824 (*Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 23, p. 285). Suffirait-elle, ou, du moins, pourrait-elle suffire pour faire surseoir au jugement d'une contestation dans laquelle cet acte serait produit? Oui, suivant MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 488; et MERLIN, *Questions de droit*, v° *Faux incident*, § 16 : oui encore, suivant l'opinion émise par M. Carré sous ce numéro, et d'après un arrêt de la Cour de cassation, du 15 février 1810 (*J. Av.*, t. 14, p. 368). Mais les juges devraient se déterminer suivant la gravité des circonstances : ils peuvent donc, et en cela ils n'ont pas d'autre règle à suivre que leur conscience, ne pas prononcer le sursis qu'on leur demanderait par ce motif seul qu'il a été porté une plainte; c'est uniquement en ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de Colmar, du 3 mai 1808 (*J. Av.*, t. 14, p. 341), et c'est ce qui résulte encore de l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 331), cité sur la *Question* 960. L'inscription de faux incident ne suspend pas non plus necessairement l'exécution des actes authentiques; mais les juges peuvent en pareil cas suspendre provisoirement cette exécution, et prononcer cette suspension à telle ou telle époque de la procédure. Quant au jugement de la contestation dans laquelle est produite la pièce arguée de faux, il est bien évident qu'il y doit être sursis, par cela seul que cette pièce est l'objet d'une inscription de faux incident, jusqu'à ce que cet incident soit vidé le sursis, en ce cas, résulte de la nature même des choses.]]

ART. 251. Tout jugement d'instruction ou définitif, en matière de faux, ne pourra être rendu que sur les conclusions du ministère public.

Ord. de 1737, tit. 2 art. 52.—Code de proc., art. 83.—[Notre Dict. gén. de Proc., v° *Faux incident*, n°s 60, 61, 140. — Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1, tit. 2, *Q.* 124, éd. in-8°, p. 253. — QUESTIONS TRAITÉES : Le défaut de conclusions du ministère public opère-t-il un moyen de nullité contre les jugemens rendus en matière de faux? *Q.* 964. — Le ministère public peut-il se pourvoir contre le jugement, pour défaut de communication? *Q.* 964 *bis*]

---

(1) Mais il importe de remarquer que l'art. 1319 du Code civil n'est applicable qu'aux plaintes en faux qui ont pour objet des actes non-seulement authentiques, mais revêtus d'un caractere exécutoire comme les actes notariés, et non à d'autres actes, tels, par exemple, que ceux des huissiers.

C'est par ce motif que la Cour de cassation a décidé que ce ne serait pas contrevenir à l'art. 1319, que d'ordonner, avant la mise en accusation, la suspension d'une saisie immobilière dont la validité serait contestée à raison du faux dont les actes de cette procédure seraient argués par voie criminelle. (*Cass.*, 15 fév. 1810; *S.*, t. 10, 1re part., p. 174; et *J. Av.*, t. 14, p. 368.)

On sent qu'à plus forte raison l'exécution d'un acte sous seing privé peut être suspendue, dès qu'il existe contre ces actes, soit une plainte en faux principal, soit une inscription en faux incident.

CCIX. Nous avons dit que le jugement qui admet l'inscription de faux, celui qui ordonne la preuve des moyens articulés par le demandeur, celui enfin qui statue définitivement sur les pièces arguées, doivent être rendus sur les conclusions du ministère public : ainsi le veut la disposition générale de l'article 251.

964. *Le défaut de conclusions du ministère public opère-t-il un moyen de nullité contre les jugements rendus en matière de faux ?*

Ce qui pourrait donner des doutes sur cette question, c'est que l'art. 480 porte que le défaut de conclusions du ministère public ne donne lieu qu'au pourvoi en requête civile : d'où suit que l'on ne pourrait prononcer la nullité du jugement.

Mais, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 104, si l'on examine avec attention les termes de l'art. 251, on se convaincra facilement que, dans le cas particulier d'une inscription de faux, la présence du ministère public est tellement nécessaire, que, s'il ne donnait pas ses conclusions sur chacun des jugements qui interviendraient, ces jugements seraient infectés d'une nullité absolue.

La raison en est qu'en matière d'inscription de faux, ce n'est pas, comme dans les affaires ordinaires, pour l'intérêt particulier de l'une des parties que la présence du procureur du Roi est exigée, mais bien pour l'intérêt de l'ordre social lui-même : ce mandataire de Sa Majesté est donc partie nécessaire dans des causes de cette espèce ; et, dès lors, le jugement qui serait rendu hors sa présence ne devrait pas être considéré comme rendu entre toutes les parties qui y sont véritablement intéressées.

Ces motifs de la solution affirmative que les auteurs du Commentaire précité donnent sur la question ci-dessus posée, ont été adoptés par deux arrêts, l'un de la Cour de Turin, du 7 février 1809, l'autre de la Cour de Paris, du 29 avril de la même année. (*S.*, t. 14, 2e part., p. 407 et 408; et *J. Av.*, t. 14, p. 356.) (1)

[[MM. PIGEAU, *Pr. civ.*, t. 1, p. 344, et *Comm.*, t. 1, p. 489; DELAPORTE, t. 1, p. 246; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 282, n° 51 ; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 430, partagent l'opinion de M. Carré. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 566, l'adopte aussi, mais avec cette restriction que si le jugement constatait que le ministère public présent avait refusé de donner ses conclusions, le jugement ne serait pas nul.

Quoique l'art. 251 soit conçu en termes aussi généraux qu'ils sont prohibitifs, la Cour de Toulouse et la Cour de cassation n'en ont pas moins excepté certains jugements soit préparatoires soit d'instruction.

Le 4 février 1820 (*J. Av.*, t. 14, p. 397), la Cour de Toulouse a dit qu'en matière d'inscription de faux, il n'était pas nécessaire, à peine de nullité, que le ministère public fût entendu avant ou lors du jugement préparatoire qui ordonne une instruction sur délibéré; et, le 10 avril 1827 (t. 33, p. 172), la Cour de cassation, chambre civile, a jugé que « l'arrêt qui, en écartant les fins de non-recevoir, se borne à autoriser le demandeur en faux incident à suivre, sur la sommation par lui faite à sa partie adverse de déclarer si elle entend se servir de la pièce, n'est ni un arrêt d'instruction ni un arrêt définitif, et que,

(1) Ces arrêts sont d'ailleurs fondés sur ce que l'art. 251 est conçu en termes prohibitifs.

par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il soit précédé des conclusions du ministère public. »

On voit que ces arrêts, tout en refusant d'appliquer le principe de la nullité, en ont virtuellement reconnu l'existence, puisque, pour l'éviter, il a fallu dire que les jugements qu'on avait à examiner n'étaient pas de ceux que l'art. 251 a compris dans sa disposition. Si donc c'eût été un véritable jugement d'instruction ou définitif qui leur eût été déféré, les Cours dont nous rapportons les décisions n'auraient pas hésité à en prononcer la nullité pour défaut de conclusions du ministère public.

Il ne peut donc s'élever aucun doute sur la solution donnée par M. Carré et par les auteurs que nous venons de citer. (*V.* notre *Quest.* 881.)]]

[[**964** bis. *Le ministère public peut-il se pourvoir contre le jugement pour défaut de communication?*

Voici comment M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 490, qui pose cette question, la résout: « Il faut distinguer. S'il n'y a pas d'irrégularité dans la procédure, le ministère public ne pourra se pourvoir contre le jugement, car il n'est point partie principale, sauf à lui à consulter les pièces et l'instruction pour examiner s'il doit ou non se pourvoir à l'extraordinaire. Mais s'il y a irrégularité, il le peut; pour se mettre en état de se décider, il prendra la voie de la tierce opposition, comme n'ayant pas été appelé, et le jugement pouvant, par cette irrégularité, nuire au public dont il est le représentant. »

Cette opinion nous paraît répugner à la nature même des fonctions des officiers du ministère public; ils agissent soit comme *partie jointe*, soit comme *partie principale*.

Dans la poursuite du faux incident, ils ne sont que *partie jointe*, disent avec raison MM. Ortolan et Ledeau, dans leur *Traité du ministère public*, p. 297; donc ils ne peuvent jamais faire acte de partie principale, comme un *appel*, une *tierce opposition*, etc.

Autrement, dans tous les cas qui intéressent l'ordre public, et ils sont nombreux, le ministère public aurait le droit de changer de nature selon que les formes auraient ou non été observées. Le système de M. Pigeau est vraiment inadmissible.]] Voy. Q. 414.

DISTINCTION SECONDE.

De la procédure en reconnaissance de la vérité ou de la fausseté des faits.

L'audition des témoins, l'inspection des lieux par le juge lui-même, l'examen par des hommes de l'art, soit de ces mêmes localités, soit des choses qui sont l'objet principal ou accessoire du procès; enfin, l'interrogatoire des parties, tels sont les moyens de vérifier et de reconnaître les faits qui peuvent influer sur la décision d'une contestation judiciaire. (*V. suprà*, p. 299.)

La procédure dont nous allons traiter se rapporte donc à quatre voies d'instruction; savoir, *l'enquête*, *les descentes sur les lieux*, *les rapports d'experts*, *et l'interrogatoire sur faits et articles.*

TITRE XII.

Des Enquêtes (1).

La preuve testimoniale ne devient nécessaire qu'à défaut de la preuve écrite; elle ne peut être admise que par un jugement (255); et les juges eux-mêmes ne peuvent l'ordonner arbitrairement, mais seulement dans les cas où la loi les y autorise d'une manière expresse (253).

A cet égard, le Code civil renferme, dans les art. 1341 à 1348 inclus, des dispositions que l'on peut réduire à quatre règles principales (2) :

1° Lorsqu'il s'agit de causes non commerciales ou de choses excédant une valeur de 150 fr., celui qui a pu se procurer une preuve littérale n'est par admis à faire une preuve par témoins, s'il n'a un commencement de preuve par écrit.

2° Lorsqu'il y a un acte écrit, les contractants et leurs successeurs ne peuvent, en aucune matière, être admis à la preuve testimoniale contre et outre cet acte, encore bien que l'objet vaille moins de 150 fr., s'ils n'ont aussi un commencement de preuve par écrit.

3° On est admis à la preuve testimoniale des objets sur lesquels on n'a pu se procurer de preuve littérale, quelle que soit leur valeur.

4° Il en est de même lorsque, par un cas fortuit, avoué ou constaté, la preuve littérale a éte perdue.

L'enquête (3) est le mode de recevoir et de constater la preuve testimoniale; c'est une voie d'instruction par laquelle le juge *recherche* dans les déclarations de ceux qui lui sont légalement indiqués comme témoins d'un fait, si ce fait est vrai, et quelles en sont les circonstances (4).

On distingue encore depuis le Code de procédure, comme on distinguait auparavant, deux sortes d'enquêtes, l'une qui se fait à l'audience, l'autre qui se fait en la chambre du conseil devant un juge-commissaire.

La première se nomme *enquête verbale*, parce que les dépositions des témoins n'étant point rédigées par écrit, le ministère du juge se borne à les entendre. Cette enquête a particulièrement lieu dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce; mais elle n'est autorisée dans les autres qu'autant que la cause est *sommaire* (40, 410, 432.)

La seconde s'appelle *enquête par écrit*, parce que les dépositions sont rédigées dans un procès-verbal (271); elle a lieu dans les causes instruites suivant la forme ordinaire : c'est celle dont il s'agit en ce titre.

Mais il importe d'observer que toutes celles de ces dispositions qui seraient compatibles avec les règles particulières à l'*enquête verbale*, n'en sont pas moins applicables à cette enquête, comme nous aurons occasion de le faire remar-

---

(1) *V.* loi du 7 fructidor an 3, *suprà*, t. 1, tit. 7 du liv. 1er, et *infrà*, titre des matières sommaires, art. 407—413.

(2) *V.* Pothier, *Traité des Obligations*, 4e part., chap. 11; Danty, sur Boiceau: Duparc-Poullain, t. 9, p. 371-378; Piceau, t. 1, p. 251.

(3) Du latin *inquirere*, enquérir, rechercher; l'enquête, en matière criminelle, est appelée *information*.

(4) Au civil, on emploie aussi le mot *enquête* pour indiquer l'ensemble des actes relatifs à l'audition des témoins; c'est ainsi que l'on dit qu'une *enquête* est *nulle*, pour exprimer que ses actes présentent une contravention à des dispositions prescrites à peine de nullité. (*V.* art. 292 et 293.)

quer au titre des matières sommaires et de la procédure devant les tribunaux de commerce.

Ni le Code civil, ni le Code de procédure, ne posent de règles suivant lesquelles le juge doive considérer la preuve testimoniale comme parfaite ou suffisante, afin de l'autoriser soit à admettre, soit à rejeter les faits sur lesquels l'aurait ordonné l'enquête.

De là ces questions : La preuve dépend-elle du nombre des témoins? Le juge est-il obligé de s'en rapporter au témoin qui n'est ni incapable, ni récusé, ni reproché? Quel caractère, enfin, doivent avoir les dépositions pour devenir concluantes?

Ces questions sont traitées par M. Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. 1, p. 419; et il décide sur tous les points que le législateur a entendu s'en rapporter entièrement aux lumières et à la conscience du magistrat.

Tel est aussi le sentiment de l'auteur du *Nouveau Répertoire*, v° *Preuve*, section 2, n° 1, *in fine*, et sect. 3, n° 5.

« Aujourd'hui, dit-il, dans les matières criminelles comme dans les ma-
« tières civiles, il n'y a aucune règle précise sur le nombre des témoins néces-
« saires pour établir la preuve, soit d'un fait général, soit d'un fait particulier
« et, dans les unes comme dans les autres, il peut arriver que la déposition
« d'un seul témoin forme une preuve suffisante.

.....

« Cela résulte, pour les matières civiles, du silence absolu que le Code de
« procédure a gardé, tant sur le *nombre* que sur la *qualité* des témoins néces-
« saires pour compléter une preuve, et de la disposition par laquelle il abroge
« (art. 1041) *toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure ci-*
« *vile.* » (*V.* aussi le *Traité* de M. Toullier, t. 9, n° 317.

Toutes les dispositions du présent titre ont pour objet les faits à prouver, le jugement qui ordonne cette preuve, les qualités des témoins, les formes de l'enquête; enfin, le jugement sur les reproches et sur le fond.

Les faits doivent être articulés *succinctement* dans un acte que l'on appelle acte de *conclusion*, parce qu'on y *conclut* à être admis à les prouver; ils doivent être contredits dans un délai déterminé, et peuvent être tenus pour confessés et avérés, à moins que la loi ne s'y oppose d'une manière formelle (252).

Si elle autorise la preuve de ces faits, et que cette preuve soit d'ailleurs utile pour la décision du procès, le tribunal l'ordonne par un jugement que l'on appelle *appointement à informer*.

Ce jugement détaille les faits, et, par conséquent, il est la base des enquêtes *directe*, *contraire* ou *respective*, auxquelles il est procédé devant un juge-commissaire (253, 254, 255).

On appelle *enquête directe*, celle du demandeur en preuve; *enquête contraire*, celle qui a lieu de plein droit de la part du défendeur (256); et *enquête respective*, celle qui se fait tant de la part du demandeur que de celle du défendeur en preuve, lorsque des faits différents, articulés et contestés de la part de chacun d'eux, ont été respectivement l'objet d'un appointement, en sorte que chacune des parties se trouve tout à la fois demanderesse et défenderesse, sous le rapport de la preuve à faire.

La loi veut que les témoins soient *dignes de foi*, et il faut, par une conséquence nécessaire, qu'ils soient *naturellement* et *civilement* capables de porter témoignage.

C'est le motif pour lequel elle écarte certains témoins, et permet de reprocher certains autres (268, 283).

Ceux qu'elle écarte ne sont point entendus, mais on reçoit la déposition de

ceux qui ne seraient que reprochés. A la différence des témoins qu'elle écarte, ceux que la loi se borne à déclarer susceptibles d'être reprochés n'en sont pas moins entendus par le juge-commissaire; mais leur déposition n'étant lue au tribunal qu'autant qu'il a rejeté les reproches, leur audition, dans le cas contraire, ne peut avoir aucune influence sur le fond du procès (287 à 292).

Tous les témoins assignés sont obligés de comparaître, à moins que le juge-commissaire n'ait admis leur excuse, ou, en termes de pratique, leur *exoine* (263 et 267).

Ils sont entendus séparément en présence de la partie, ou elle dûment appelée; leurs déclarations sont données de vive voix, et sont écrites sous leur dictée, ou sous celles du juge-commissaire, qui a d'ailleurs le droit de leur adresser les questions qu'il juge convenables (271, 280).

En général, l'enquête doit être commencée et parachevée dans les délais rigoureux que la loi prescrit; mais elle en autorise en même temps la prorogation dans certaines circonstances qu'elle détermine. (257 à 259, 279 et 280).

La mention de la prestation du serment des témoins, leurs déclarations de n'être ni parents, ni alliés, ni serviteurs d'une des parties, etc., la rédaction de leurs dépositions, l'énonciation des moyens de reproche; tels sont les objets dont se compose le procès-verbal d'enquête (269, 275).

L'enquête terminée par la clôture de cet acte, qui constate tout ce qui s'est passé devant le juge-commissaire, la partie la plus diligente le signifie à son adversaire, et appelle celui-ci à l'audience, où le tribunal prononce successivement sur les nullités de l'enquête, sur les reproches, s'il y a lieu, et enfin sur le fond du procès (286 à 293).

Il nous reste à faire observer que, si le Code civil est très sévère sur l'admission de la preuve par témoins, le Code de procédure ne l'est pas moins sur l'accomplissement des formalités de l'enquête; elles sont, pour la plupart, prescrites à peine de nullité, et non-seulement l'officier ministériel, mais le juge-commissaire lui-même, sauf les distinctions admises par les art. 292 et 293, sont responsables des vices qui proviendraient de leur fait.

ART. 252. Les faits dont une partie demandera à faire preuve, seront *articulés succinctement* (1) par un simple acte de conclusion, sans écritures ni requête.

Ils seront également, par un simple acte, déniés ou reconnus dans les trois jours; sinon ils pourront être tenus pour confessés ou avérés.

T. 71.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 279, n° 3, et p. 280, n°s 6 et 7.]—Ord. de 1667, tit. 20, art. 1.—C. de pr., art. 413.—[Notre Dict. gén. de pr., v° *Enquête*, n°s 31, 64 à 70, 50 et 571; *Matières sommaires*, n° 114.—Arm. Dalloz, v° *Enquête*, n°s 12 à 22.—Locré, t. 21, p. 292, 458 et 616. — QUESTIONS TRAITÉES : Est-il des affaires où les faits à prouver doivent être articulés soit verbalement, soit par écrit, mais dans un autre acte que celui prescrit par l'art. 252? *Q.* 965. —Si la partie avait omis de préciser, dans l'acte de conclusion, quelques faits décisifs, pourrait-elle être admise à en faire ordonner la preuve en les articulant dans un acte additionnel? *Q.* 966.—Est-on dispensé de préciser les faits lorsque l'enquête

---

(1) *Articulés succinctement.* Ces expressions s'expliquent par celles de l'art. 1er du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, et signifient que les faits dont une partie demande à faire preuve doivent être proposés; dans l'acte de conclusion, *article par article, brièvement, sans raisonnements et sans questions ni moyens de droit.* (*V.* Rodier, sur l'article précité de l'ordonnance, et le discours du tribun Perrin, édit. de F. Didot, p. 100.)

est demandée en matière de recélé? *Q.* 967.—Le délai pour contester les faits est-il fatal? *Q.* 968.—Peut-on, sans dénier, ni reconnaître les faits, empêcher qu'ils puissent être tenus pour confessés ou avérés et s'opposer à ce que la preuve en soit ordonnée? *Q.* 969. — Un avoué qui n'oserait prendre sur son compte de reconnaître ou dénier les faits sans en recevoir une autorisation de sa partie, peut-il conserver les droits de celle-ci par un acte équivalant à l'acte d'aveu ou de dénégation. *Q.* 970.—Le tribunal pourrait-il tenir pour confessé ou avéré un fait qui aurait été articulé dans l'acte de conclusion, si la partie n'avait pas expressément demandé à en faire preuve? *Q.* 971.—Si le tribunal ne se portait pas à tenir pour confessés des faits qui n'auraient pas été contestés, serait-il du moins suffisamment autorisé, par le fait de la non-contestation, à en ordonner la preuve, quoiqu'elle eût été inadmissible s'ils avaient été déniés? *Q.* 972. — Est-il des cas dans lesquels il ne serait pas permis aux tribunaux de tenir les faits pour confessés ou avérés, encore que la partie ne les eût pas déniés sur la preuve qui en était offerte, ou n'eût pas suppléé au défaut de l'acte de dénégation par un acte équipollent? *Q.* 973] (1)

CCX. Lorsqu'une partie veut prouver par témoins des faits qu'elle croit pertinents et admissibles, elle doit, avant tout, poser ces faits avec précision, et les faire connaître à l'autre partie; en conséquence, elle dresse de simples conclusions, dans lesquelles, après avoir articulé succinctement chacun des faits à prouver, elle demande que son adversaire ait à les avouer ou dénier, sinon qu'ils soient tenus pour avérés, et, en cas de dénégation, qu'il plaise au tribunal de permettre d'en faire la preuve par témoins (2).

Dans les trois jours qui suivent la signification des faits que l'on entend prouver par témoins, l'autre partie doit y répondre, et les avouer ou dénier également par un simple acte de conclusion.

Si les faits articulés et signifiés par une partie sont avoués par l'autre, il devient inutile de passer outre à l'enquête; l'aveu suffit pour faire considérer ces faits comme prouvés, et le tribunal n'a pas besoin d'autre preuve, à moins qu'il ne s'agisse d'une cause qui intéresse des tiers ou l'ordre public, telle qu'une demande en séparation de biens.

S'il n'est fait aucune réponse à ces faits dans les trois jours de leur signification, la partie qui les a posés et signifiés poursuit l'audience par un simple avenir, pour faire juger qu'ils seront tenus pour confessés ou avérés; ce qui peut avoir lieu si les faits sont pertinents et n'intéressent que les parties.

Si, enfin, ces faits ont été déniés dans les trois jours de leur signification, la partie qui veut se faire autoriser à les prouver par témoins, poursuit également l'audience par un simple avenir, et le débat s'engage sur la question de

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° On ne peut se plaindre de n'avoir pas été admis à prouver par témoins des faits allégués, quand on n'a pas conclu à cette preuve. (Rennes, 14 août 1815, *Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 444, et *J. Av.*, t. 11, p. 151.)

2° En matière de timbre et d'enregistrement, lorsque des faits sont posés pour établir une preuve, l'administration doit les dénier ou les reconnaître dans les trois jours, sinon ils peuvent, d'après les principes du droit commun, être tenus pour confessés et avérés. (Bruxelles, 14 juin 1836, *Journ.* de cette Cour, 1836-1-147.)

Le même principe avait été consacré par la Cour de cassation de France, le 17 juillet 1827, laquelle Cour avait en même temps décidé qu'après l'enquête l'instruction devait continuer par simples mémoires. (*J. Av.*, t. 33, p. 328.)

3° L'enquête exigée par l'art. 64 du Code forestier, qui porte sur la question de savoir si le pacage est d'une absolue nécessité, doit être faite dans les formes ordinaires réglées par le Code de procédure, lorsque la question s'agite non pas entre le domaine de l'État et une commune, mais entre particuliers. (*Cass.*, 2 déc. 1835, *J. Av.*, t. 59, p. 378.)]

(2) Ces conclusions doivent être minutées et ne former qu'un seul acte; la loi défend aux avoués d'en faire la matière d'une requête ou d'une pièce d'écriture, et le tarif des frais, décrété le 16 février 1807, n'accorde pour cet acte qu'un droit fixe, qui ne peut jamais être augmenté, quels que soient l'importance de la cause, le nombre et l'étendue des faits articulés.

savoir si lesdits faits sont pertinents, et si la loi permet d'en faire preuve par témoins.

965. *Est-il des affaires où les faits à prouver doivent être articulés, soit verbalement, soit par écrit, mais dans un autre acte que celui prescrit par l'art. 252?*

Les faits sont articulés verbalement et à l'audience dans les affaires sommaires et commerciales. (*V.* art. 407 et 432.)

[[En effet, en matière commerciale, les enquêtes sont sommaires comme l'a jugé la Cour de Bordeaux le 31 mars 1830 (*J. P.* 2e éd. 1830-3-58).]]

S'il s'agit d'une demande en séparation de corps, les faits à prouver constituent la demande, et doivent être énoncés dans la requête introductive. (*V.* les art. 236 du Code civil et 875 du Code de procéd.)

[[Tel est le vœu de la loi.]]

966. *Si la partie avait omis de préciser, dans l'acte de conclusions, quelques faits décisifs, pourrait-elle être admise à en faire ordonner la preuve en les articulant dans un acte additionnel?* [[*Faut-il du moins que cet acte précède de trois jours celui des plaidoiries?*]]

DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 269, établissait la négative de cette question, premièrement, sur la disposition de l'art. 1 du tit. 20 de l'ordonnance, qui défendait les additions à l'acte d'articulement; secondement, sur l'art. 6, qui voulait que toutes demandes, à quelque titre que ce fût, qui n'auraient pas été entièrement justifiées par écrit, fussent formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aurait pas eu de preuves par écrit auraient été rejetées.

Ainsi, dit cet auteur, toute personne est inexcusable, si elle a négligé de proposer *en même temps quelque fait décisif*, ou quelque chef de demande dont la preuve par témoins aurait été recevable.

Nous remarquerons, sur cette question, qui est fort importante dans la pratique, que l'art. 6 du tit. 20 de l'ordonnance se retrouve dans l'art. 1346 du Code civil. Aujourd'hui, comme autrefois, il est donc certain que toutes les demandes, qui ne seraient pas entièrement justifiées par écrit, doivent être formées par le même exploit, et que les autres demandes dont il n'y aurait pas de preuves par écrit ne doivent pas être reçues.

Mais cela ne résout pas la question, et on la résoudra mal, en confondant, comme l'a fait Duparc-Poullain, les additions défendues par l'art. 1 du tit. 20 de l'ordonnance, avec les demandes nouvelles non justifiées par écrit, que l'art. 6 du même titre rejette.

Cet article avait pour objet d'empêcher qu'on n'éludât la disposition de l'art. 2, qui défend d'admettre la preuve par témoins au-delà de 100 fr., comme l'objet de l'art. 1346 du Code civil est d'appuyer l'art. 1341, qui rejette aussi la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr. (1).

Au contraire, l'art. 1 du tit. 20 de l'ordonnance n'avait pour objet que d'abréger la procédure. Il voulait que les faits fussent articulés succinctement qu'on y répondît sommairement; qu'on ne pût répliquer à cette réponse, ni

(1) Nous saisissons l'occasion que nous avons ici de parler de l'art. 1346 du Code civil, pour remarquer que, par arrêt du 2 avril 1810, la Cour de Rennes a décidé que cet article ne s'applique qu'aux demandes directes et principales, et non à celles qui seraient proposées par reconvention. (*V. Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 57, et *J. Av.*, t. 11, p. 82.)

opposer à la réplique un écrit sous le nom d'*additions*. Le mot *additions* avait ici le même sens qu'il avait dans l'art. 3 du tit. 14 de la même loi.

Or, on voit que l'art. 252 du Code de procédure dit exactement la même chose, en moins de mots; il veut que les faits dont on demande à faire la preuve soient articulés succinctement par simple acte de conclusions, sans écritures ni requêtes, et qu'ils soient déniés ou reconnus dans trois jours, également par un simple acte. Voilà la défense de faire des répliques ou *additions;* c'est-à-dire de faire, après *la réponse sommaire*, qui est l'acte de dénégation ou de reconnaissance, d'autres écritures pour débattre, discuter, contester, ou soutenir les faits qui ont été articulés, et dont on a demandé à faire la preuve.

Mais on ne voit là, ni dans l'ordonnance, la défense d'ajouter aux faits déjà articulés un autre articulement succinct de faits nouveaux, décisifs, pertinents et admissibles. Il doit être permis d'articuler de tels faits jusqu'au jugement qui ordonne la preuve, et dans lequel le juge énonce les faits qu'il permet de prouver. (*V.* art. 255)

« Ainsi, disent les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 114, en général, lorsqu'une partie a articulé des faits, rien ne l'empêche d'en articuler ensuite de nouveaux. »

Il n'y a qu'une exception à ce sujet, déclarée par deux arrêts, l'un de la Cour de Riom, du 18 nivôse an 12, rapporté au t. 1 *de la Jurisprudence du Code civil* et *J. av.*, t. 21, p. 125; l'autre de la Cour de Paris, du 28 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 147). (*V.* le Commentaire précité.) Cette exception est relative aux demandes en divorce ou séparation de corps, à l'égard desquelles il a été décidé que le demandeur ne pouvait faire usage d'autres moyens que de ceux employés dans la requête introductive d'instance (1).

[[La principale des solutions renfermées sous cette question ne nous paraît pas devoir souffrir de difficulté. Elle est adoptée par MM. DALLOZ, t. 6, p. 844, n° 2, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 343, qui néanmoins trouvent juste de mettre les frais du second acte à la charge de celui qui l'a signifié. M. DEMIAU CROUZILHAC, p. 199, est aussi du même avis.

Mais si un premier acte d'articulation de faits n'en exclut pas un second, n'est-il pas exigé cependant que tous les faits dont on entend offrir la preuve soient connus de la partie adverse quelques jours du moins avant celui de l'audience; et la signification qui en serait faite la veille ou le matin de l'audience ne serait-elle point tardive?

M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 430, enseigne que l'acte exigé par le premier paragraphe de l'art. 252 doit être signifié trois jours au moins avant l'audience où le demandeur pourra se pourvoir pour faire tenir les faits pour reconnus ou pour en faire ordonner la preuve; il était inutile qu'il fît cette observation, puisque la seconde partie de l'article nous apprend elle-même que

---

(1) Cette exception, admise pour la séparation de corps par les deux arrêts de Riom et de Paris cités dans notre *Analyse*, a été rejetée par un arrêt de Rennes, du 19 mai 1812, 2e chambre, auquel on peut en ajouter un de Besançon, du 9 avril 1808. (*V. Jurispr. du Code civil*, t. 11, p. 380, et *J. Av.*, t. 21, p. 125.) Nous nous sommes rangé à l'opinion consacrée par ces dernières décesions (*V. infrà*, n° 5, sur l'art. 275), et nous y avons été déterminé par un arrêt de la Cour de cassation, du 25 mai 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 25), rapporté au *Nouveau Répertoire*, au mot *Enquête*, § 4, t. 4, p. 607.

Il est vrai que cet arrêt a été rendu en matière de divorce; mais les motifs de décider s'appliquent, à plus forte raison, à la séparation de corps, qui, aux termes de l'art. 309, doit être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile.

ce n'est qu'après un pareil délai qu'il peut la provoquer; mais s'il entend parler de l'audience qui avait été indiquée pour le jugement du fond de la cause, nous ne voyons pas sur quoi il base sa doctrine; il n'a jamais été mis en doute, dans la pratique, qu'on ne puisse articuler des faits et en offrir la preuve, même sur l'audience, pendant et après les plaidoiries, et c'est même alors que cette faculté est plus utile, parce qu'il peut naître des débats une foule de circonstances qui rendent nécessaire une preuve dont jusque-là on avait cru pouvoir se passer. La cour de Liége a bien décidé, par un arrêt du 26 janvier 1835 (*Journ.* des Arrêts de Bruxelles, 1835-2-325), que les faits articulés la veille de l'audience et qui tendent à retarder le jugement de la cause sont par cela seul inadmissibles; mais c'est moins un principe qu'elle a voulu consacrer qu'une appréciation des faits particuliers à l'espèce qui lui était soumise, dans laquelle il lui a paru que l'offre de preuve, loin d'être sérieuse, n'était qu'un moyen dilatoire; d'ailleurs, la Cour de Colmar a jugé, le 2 déc. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 107), et la Cour de cass., le 21 juin 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 314), qu'on peut articuler des faits et en fournir la preuve jusqu'à la clôture des débats. Seulement elle admet que, dans ce cas, la partie adverse peut demander un délai pour y répondre, et ce tempérament est fort juste: c'est là le moyen de la faire jouir du délai de trois jours que lui accorde le second paragraphe de l'art. 252; mais que l'offre en preuve soit irrecevable parce qu'elle ne précéderait pas de trois jours l'audience où l'on devait juger le fond, c'est une opinion qui nous paraît beaucoup trop sévère. Au reste, M. Thomine Desmazures, malgré son principe qui semblerait devoir l'amener à cette décision, adopte, quelques lignes plus bas, celle de la Cour de Colmar, en exigeant seulement que les frais de la procédure rendue inutile par l'articulation tardive des faits à prouver soient mis à la charge de l'avoué qui n'a pas observé le délai de trois jours dont parle cet auteur. Cette peine serait juste s'il s'agissait de faits à l'importance desquels les débats de la cause n'ont rien changé; mais si ce sont, au contraire, ces débats qui ont fait connaître la nécessité de les prouver, on ne peut imputer de faute à personne, ni par conséquent infliger de peine.

Nous pensons donc qu'en général on est toujours à temps jusqu'au jugement à articuler les faits dont on veut offrir la preuve, et même, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 542, qu'on le pourrait après le jugement qui a ordonné une première preuve, s'il s'agissait de faits qui lui fussent postérieurs, comme il peut arriver, par exemple, dans une instance en séparation de corps.

Quant à l'exception dont parle M. Carré, et qui consisterait en ce que dans les affaires de divorce et de séparation de corps, les faits antérieurs à la requête et qui n'y seraient point contenus, ne pourraient être articulés plus tard, la jurisprudence paraît unanime pour la repousser; les deux arrêts cités par M. Carré sont les seuls qui l'aient admise, et, outre ceux qu'il a rappelés dans le sens opposé, on trouve encore au *Journ. des Av.*, t. 21, p. 125, ceux de Paris, 7 août 1810, et Limoges, 15 janvier 1817: M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 111, adopte cette dernière jurisprudence.]]

Mais on sent que le jugement qui ordonne l'enquête étant une fois rendu, il ne doit plus être permis d'articuler des faits nouveaux; car il faut que les procès aient un terme. L'abus serait encore plus grand si, après une première enquête faite, on pouvait se faire admettre à en faire une seconde sur d'autres faits nouvellement articulés. C'est ce que nous tâcherons de prouver sur l'article 293.

[[*Voyez* notre opinion, sur la *Quest.* 1136.]]

967. *Est-on dispensé de préciser les faits, lorsque l'enquête est demandée en matière de recélé?*

Danty sur Boiceau, *Traité de la preuve par témoins*, p. 312, 6e édit., rapporte un arrêt du 6 août 1703, par lequel il a été jugé que la preuve des faits généraux du recélé était admissible, sans expliquer les faits en particulier (1).

Nous pensons que cette décision doit encore être suivie, parce qu'il serait souvent difficile aux héritiers d'un époux décédé, ou à des créanciers qui, le plus souvent, n'auront pas connu en détail l'actif mobilier d'une communauté ou d'une succession, de désigner précisément les objets qui se trouveraient manquer. D'un autre côté, le recélé, comme le remarque Danty, est une espèce de vol, et l'auteur prend nécessairement toutes les précautions pour éviter d'être aperçu; il se garde surtout de faire à découvert l'enlèvement de l'objet qu'il recèle : il ne serait donc pas juste, dans cette circonstance particulière, d'appliquer la loi dans toute la rigueur de ses termes (2).

[[Le plus ou moins de sévérité en cette matière dépend des circonstances de la cause et de la nature du fait à prouver. *Voy.*, dans le même sens que M. Carré, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 432.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n 9.

968. *Le délai pour contester les faits est-il fatal?*

Les auteurs du Commentaire des *Annales du Notariat*, t. 2, p. 114, et M. PIGEAU, t. 1, p. 256, décident négativement cette question, attendu que la loi ne prononce point la déchéance.

DEMIAU-CROUZILHAC, p. 186, paraît d'un sentiment contraire. Mais en vain, dit M. Pigeau, voudrait-on opposer l'art. 1029. Il répond, comme nous l'avons déjà fait sur plusieurs questions, que cet article, en déclarant que la déchéance n'est pas comminatoire, suppose qu'il y a une déchéance prononcée.

Les faits peuvent donc être déniés après les trois jours fixés par l'art. 252, tant que le tribunal n'a point prononcé.

[[Ainsi le pensent MM. DELAPORTE, t. 1, p. 249; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 433; DALLOZ, t. 6, p. 844, n° 3, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 491; et ce dernier auteur ajoute même que, si le jugement était par défaut, susceptible d'opposition, on pourrait dénier les faits après le jugement rendu, mais en y formant opposition.

Le pourrait-on encore, après un débouté sur l'appel? Nous pensons qu'on

---

(1) Dans l'espèce, on demandait seulement à prouver qu'un héritier bénéficiaire avait recélé des effets de la succession, sans articuler quels étaient ces effets; l'héritier prétendait que l'on devait désigner chacun d'eux; car autrement, disait-il, on demanderait à prouver un fait incertain, et le défendeur ne pourrait faire la preuve contraire : ce moyen n'en fut pas moins rejeté, et l'enquête ordonnée, sauf la preuve contraire.

(2) Au reste, la question nous semble abandonnée à la discrétion du juge, qui, suivant les circonstances, peut admettre ou rejeter les conclusions en preuve.

L'objection que faisait le défendeur, dans l'espèce de l'arrêt de 1703, ne nous paraît fondée sur aucun intérêt réel, attendu que celui-ci peut toujours user de la faculté que lui donne l'art. 279 de demander prorogation de délai pour faire sa contre-enquête; et, par conséquent, il ne peut prétendre que le défaut de précision exacte des faits du demandeur le mette dans l'impossibilité de prouver les faits contraires.

Il est à remarquer, en outre, que le défendeur à l'enquête devant être assigné pour être présent à l'audition des témoins, ne peut aujourd'hui prétexter cause d'ignorance des faits à prouver contre lui, et de leurs circonstances.

le pourrait, parce que nous tenons en principe que l'appel a pour effet d'anéantir, au moins provisoirement, tout ce qui s'est fait en première instance, et de remettre les choses au même et semblable état qu'avant l'ajournement introductif.

Un arrêt de la Cour de Colmar, 6 juin 1822 (*Journ.* de cette Cour, t. 23, p. 204), et un autre de Bruxelles, 18 avril 1831 (*Journ.* de cette Cour, 1831-1-300), ont formellement décidé, ainsi que les auteurs dont nous venons de parler, que le délai de trois jours n'est point fatal. Ici s'appliquent les raisons que nous avons données en matière de vérification d'écriture.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 10.

969. *Peut-on, sans dénier ni reconnaître les faits, empêcher qu'ils puissent être tenus pour confessés ou avérés, et s'opposer à ce que la preuve en soit ordonnée?*

La partie à laquelle les faits sont opposés peut, sans les dénier ni les reconnaître, s'opposer à la preuve, dans les trois cas suivants :

Premièrement, si la preuve n'est pas *admissible*, c'est-à-dire si les faits ne sont pas de nature à être prouvés par témoins, et du nombre de ceux que la loi permet de prouver ainsi ;

Secondement, s'ils sont *non pertinents*, c'est-à-dire s'ils n'ont pas de rapport avec la cause ;

Troisièmement, s'ils ne sont pas *concluants*, c'est-à-dire s'ils ne sont pas tels qu'il soit nécessaire de les prouver pour parvenir au jugement du procès ; par exemple, lorsque ce procès peut être décidé, ainsi que le portait l'art. 182 de l'ordonnance de 1539, par une fin de non-recevoir évidente, ou par un principe de droit. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 258, et BERRIAT SAINT-PRIX, p. 283, note 3, et p. 285, nos 1 et 2.)

[[M. FAVARD DE LANGLADE enseigne aussi, t. 2, p. 344, que la partie peut faire rejeter les faits comme non admissibles, sans les dénier ni les méconnaître.

M. PIGEAU, au contraire, *Comm.*, t. 1, p. 492, revenant sur son ancienne opinion, pense que la partie doit nécessairement dénier ou reconnaître. Il se fonde sur ce que l'art. 253 exige non-seulement que les faits soient *admissibles*, mais encore qu'ils soient *déniés*. Il donne pour motif de cette disposition et de l'interprétation qu'il adopte, que tel qui se bornerait à soutenir l'inadmissibilité des faits, parce que sa sincérité serait ainsi mise à l'abri sous une fin de non-recevoir, pourrait reculer devant une dénégation formelle qui engagerait sa conscience.

Cette raison morale a quelque poids, mais la raison légale n'en a point ; car on peut y opposer que c'est précisément parce que la loi exige cumulativement ces deux circonstances, l'admissibilité et la dénégation, que la partie n'a pas besoin de s'expliquer sur la seconde, lorsqu'elle prouve que la première manque. Et, en effet, pourquoi exposer une partie à se rendre coupable d'un mensonge ? *V.* notre *Question*, 972.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 11.

970. *Un avoué qui n'oserait prendre sur son compte de reconnaître ou de dénier les faits, sans en recevoir une autorisation de sa partie, peut-il conserver les droits de celle-ci par un acte équipollent à l'acte d'aveu ou de dénégation ?*

Nous croirions qu'il peut, par un simple acte contenant réserves de tous droits et exceptions de sa partie, et motivé sur l'impossibilité où il aurait été de recevoir d'elle les instructions nécessaires pour s'expliquer d'une manière plus précise, déclarer qu'il n'entend ni avouer ni contester les faits, et s'opposer néanmoins à la preuve. Au moyen de cet acte, le tribunal pourrait, sui-

vant les circonstances, refuser de tenir les faits pour confessés et avérés. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 186) (1).

[[Cette solution ne peut être contestée; elle se retrouve dans MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 433, et BOITARD, t. 2, p. 168.]]

971. *Le tribunal pourrait-il tenir pour confessé ou avéré un fait qui aurait été articulé dans l'acte de conclusions, si la partie n'avait pas expressément demandé à en faire preuve?*

Il est évident, comme le remarque M. Merlin, dans son *Nouveau Répertoire*, au mot *Partage*, § 11, que la disposition de l'article n'est pas applicable à tous les faits qui sont articulés par une partie, mais qu'elle ne l'est seulement qu'à *ceux dont elle demande à faire preuve;* en sorte qu'à l'égard de faits simplement allégués, sans y ajouter l'offre de les prouver, le silence de la partie ne saurait être une présomption ni de dénégation ni d'aveu (2).

[[*Voyez*, dans le même sens, MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 287, n° 19; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344, et DALLOZ, t. 6, p. 844, n° 4.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n 2.

972. *Si le tribunal ne se portait pas à tenir pour confessés des faits qui n'auraient pas été contestés, serait-il du moins suffisamment autorisé, par le fait de la non contestation, à en ordonner la preuve, quoiqu'elle eût été inadmissible s'ils avaient été déniés?*

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 184, résout affirmativement cette question (3).

Les raisons de cet auteur nous paraissent plus spécieuses que solides. Nous convenons bien que l'on ne saurait empêcher une partie de demander, dans un acte de conclusions, à faire preuve de faits qui ne seraient ni pertinents ni admissibles; mais cette demande nous semblerait devoir être considérée comme non avenue, puisqu'elle ne pourrait qu'être rejetée, d'après les dispositions de l'art. 253: les faits non admissibles seraient donc envisagés comme

---

(1) Mais cette décision ne pourrait pas s'appliquer au cas où les faits auraient été posés dans la demande introductive: ici, l'avoué serait censé avoir reçu de sa partie les instructions suffisantes pour les dénier ou les reconnaître.

[Tout dépendrait encore de la volonté du juge.]

(2) On doit observer, en outre, que cette même disposition ne dit pas qu'à défaut d'aveu ou de dénégation des faits articulés, même avec l'offre d'en faire preuve, ces faits seront *de plein droit* tenus pour confessés; qu'elle dit seulement qu'ils *pourront* être tenus pour tels: il suit de là que la partie intéressée doit s'adresser au tribunal, afin qu'il prononce à ce sujet, et qu'il a la faculté de rendre en cette matière telle décision qu'il juge convenable.

(3) Nous réduirons aux raisonnements suivants les motifs qu'il donne de cette solution:

« Toute preuve est proposable, sauf au juge à la rejeter; mais pour cela il faut que les faits soient contestés; autrement, il y a présomption qu'ils sont vrais: il en est donc d'une preuve offerte, même hors de saison, comme d'un fait qui n'est établi par aucun acte; si la partie contraire ne le conteste pas, on le regarde comme constant, quoique la preuve de son existence ne soit que dans le défaut de dénégation.

« Or, si le tribunal pouvait tenir le fait pour confessé et avéré, il peut, à bien plus forte raison, considérer le défaut de dénégation comme opérant au moins une présomption de la vérité de ce fait; présomption qui ne lui a pas paru suffisante pour le tenir confessé, mais qu'il désire, pour le complément de sa conviction, appuyer d'une preuve testimoniale.

« En cela, la partie intéressée ne pourrait s'opposer à la preuve, en maintenant qu'elle est inadmissible par la nature des faits auxquels elle se rapporte; on lui répondrait que, loin de lui préjudicier, le tribunal a statué dans ses intérêts, puisqu'il pouvait tenir les faits pour avérés, d'après le défaut de dénégation dont cette partie aurait à s'imputer la faute. »

s'ils avaient été posés sans offre de preuve, et l'on devrait appliquer ce que nous avons dit, d'après M. Merlin, sur la 971e *Quest.*; c'est-à-dire qu'il n'y a pas lieu à les tenir pour confessés ou reconnus.

Mais admettons, pour un instant, que le tribunal eût la faculté de tenir pour confessés des faits non admissibles en preuve, parce qu'il suffirait pour cela qu'ils n'eussent pas été déniés, sur l'offre que l'une des parties aurait faite de les prouver, nous ne croirions pas que cette faculté donnât au tribunal celle d'en ordonner la preuve, au lieu de les déclarer avérés. Il faudrait de deux choses l'une, ou qu'il prononçât cette déclaration, ou qu'il rejetât la preuve. Autrement il contreviendrait aux dispositions des art. 1341 et suiv. du Code civil, et 253 du Code de procédure, qui, sous le rapport de la prohibition de la preuve testimoniale, présentent des dispositions de droit public auxquelles les juges ne sauraient déroger, et dont ils doivent d'office suppléer l'application, si les parties gardaient le silence. (V. *Danty* sur *Boiceau*, ch. 1, n° 9; le *Nouv. Répert.*, au mot *Preuve*, § 3, art. 1, n° 28, t. 9, p. 651, et la 976e *Quest.*)

[[Les deux solutions de M. Carré, dont l'une est la conséquence de l'autre, nous paraissent hors de doute; M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344, n° 2, admet la seconde; mais il pense que les faits non admissibles pourraient être tenus pour reconnus, s'ils n'étaient point déniés. Nous ne pouvons approuver ce dernier avis. (*V.* notre *Quest.* 969.)]]

973. *Est-il des cas dans lesquels il ne serait pas permis au tribunal de tenir les faits pour confessés ou avérés, encore que la partie ne les eût pas déniés sur la preuve qui en était offerte, ou n'eût pas suppléé au défaut de l'acte de dénégation par un acte équipollent?*

L'art. 252 reçoit trois exceptions; c'est-à-dire qu'il est trois cas dans lesquels le tribunal, malgré le défaut de dénégation, ne pourrait tenir les faits pour avérés.

Le premier cas est celui où l'ordre public serait directement intéressé. Comme on ne peut, en général, déroger par une convention expresse aux lois qui s'y rapportent, il est évident qu'on le peut encore moins par une convention tacite. C'est ainsi, par exemple, que la non-dénégation de faits sur lesquels une demande en divorce ou en séparation serait fondée ne saurait autoriser à tenir ces faits pour avérés.

Le second cas est celui où l'affaire intéresserait un mineur, un interdit. Il est évident que le silence du tuteur ne peut leur nuire. Comment, par un aveu présumé, disposerait-il de droits auxquels il ne lui est pas permis de renoncer expressément?

Enfin, le troisième cas est celui où le silence pourrait nuire à un tiers : *Res inter alios acta tertio non nocet.* (*V.* les exemples de ces trois cas, rapportés par PIGEAU, t. 1, p. 268).

[[Ces trois cas d'exception sont aussi énumérés par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 433; DALLOZ, t. 6, p. 844, n° 4; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344, et BOITARD, t. 2, p. 169 et 170. Leur doctrine, à cet égard, nous paraît devoir être admise, et est adoptée par M. BONCENNE, t. 4, p. 222.]]

ART. 253. *Si les faits sont admissibles* (1), qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle pourra être ordonnée.

---

(1) *Admissibles. V.* ci-dessus, t. 1, *Quest.* 147, et surtout le *Traité du droit civil français*, par M. Toullier, t. 9.

[M. Carré n'a pas pensé que, dans un Traité pratique de procédure, il dût examiner toutes les questions si difficiles du droit ci-

[Notre Comm. du Tarif, t. 1. p. 280, n° 8]—Ordonn. de 1667, tit. 13, art. unique.—C. C. 252, 1351. [Notre Ditionnaire gén. de proc., vis *Enquête*, nos 1 à 7, 9 à 23, 25 à 30, 41 à 54, 56 à 60, 65; *Action possessoire*, n° 121; *Séparation de corps*, n° 70; *Cassation*, nos 84 et 350; *Serment*, n° 62; *Jugement*, nos 157 à 159.—Arm. Dalloz, vo *Enquête*, nos 23 à 30. — Carré, *Compétence*, 2e part. liv. ier, tit. 1er, *Q.* 46. éd. in-8°, t. 1. p. 292.—Locré, t. 21, p. 459, n° 130.—QUESTIONS TRAITÉES : Un arrêt qui ordonne d'avouer ou de dénier certains faits, en reconnaît-il, par cela même, la pertinence, et n'est-il plus permis à la cour d'écarter quelques uns de ces faits par un arrêt postérieur? *Q.* 973 *bis*. — Les juges peuvent-ils se refuser à admettre la preuve des faits qui auraient tous les caractères voulus par l'art. 253? *Q* 973 *ter*.—Le tribunal pourrait-il ordonner la preuve d'un fait admissible, articulé par une partie, mais qui n'aurait été dénié par l'autre, ni par acte, ni même à l'audience? *Q.* 974.—Mais si la partie contre laquelle le fait aurait été articulé laissait défaut, le tribunal pourrait-il refuser la preuve par le motif que cette partie ne l'aurait pas dénié? *Q.* 975. — Un tribunal peut-il refuser d'admettre la preuve testimoniale, dans le cas où la loi l'autorise, sur le seul motif que les faits articulés sont invraisemblables? *Q.* 975 *bis*.—Les juges peuvent-ils décider, d'après leur seule connaissance personnelle et sans avoir recours aux moyens d'instruction autorisés par la loi, un point de fait contesté entre les parties? *Q.* 975 *ter*. — Les juges peuvent-ils au civil puiser des raisons de décider dans des instructions, enquêtes ou interrogatoires en matière criminelle, ou s'appuyer, dans une instance, d'une enquête faite dans une autre instance? *Q.* 975 *quater*.—Les juges peuvent-ils, lorsqu'il s'agit d'une valeur excédant 150 francs, ordonner que les personnes étrangères au litige, comparaîtront à l'audience pour y être entendues sur les faits de la cause? *Q.* 975 *quinto*.—Les juges peuvent-ils admettre la preuve testimoniale, quand il y a moyen de droit ou fin de non-recevoir? *Q.* 975 *sexto*. — Si le tribunal, dans le cas où la preuve par témoins est interdite, ne la rejetait pas d'office, l'acquiescement du défendeur le rendrait-il non recevable à se plaindre qu'elle eût été admise? *Q.* 976] (1).

CCXI. Le tribunal, après avoir entendu les parties, examine séparément chacun des faits articulés, et considère s'il y a lieu d'en admettre ou rejeter la preuve. (Rapp. au Corps lég.)

Pour que la preuve testimoniale d'un fait soit admise, il faut (*V.* p. 617) que trois circonstances concourent; la première, que ce fait ne soit pas du nombre de ceux que la loi défend de prouver par témoins;

La seconde, qu'il soit pertinent et admissible, c'est-à-dire qu'il soit décisif, et que la preuve offerte ne paraisse pas évidemment impossible;

La troisième, qu'il soit dénié; autrement la preuve est inutile. **Supp.**, p. 253.

---

vil, relatives à l'admissibilité des preuves. Pour suivre religieusement notre modèle, comme nous nous en sommes fait la loi, nous nous abstiendrons de traiter les nombreuses propositions auxquelles le savant auteur de la théorie a consacré les pages 147 à 198 de son 4e volume.]

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Des faits articulés en preuve ne doivent pas être rejetés, par cela seul qu'ils sont personnels à celui qui les propose; il suffit que leur conformité avec d'autres faits puisse concourir à établir également la vraisemblance de tous. (Bordeaux, 19 août 1811; *S.*, t 12, 2e part., p. 65.)

2° On n'est pas censé avoir acquiescé à l'admission de la preuve testimoniale, par cela seul que l'on a provoqué l'exécution du jugement qui admet vaguement la partie adverse *à prouver* ses allégations, sans spécifier que la preuve sera faite par témoins. (Brux., 1 mars 1811; *S.*, t. 14, 2e part., p. 329; et *J. Av.*, t. 1, p. 156.)

3° Si la loi exige que les mêmes juges qui ont assisté aux plaidoiries de la cause puissent seuls concourir au jugement définitif, elle ne requiert pas également qu'un juge qui n'a pas pris part au jugement qui a ordonné une enquête, s'abstienne de concourir au jugement définitif à rendre sur le résultat des enquêtes : le motif de cette décision est qu'il n'y a rien de commun entre ces deux jugements. (Cass., 18 avril 1810; *S.*, t. 10, 1re partie, p. 243; et *J. Av.*, t. 15, p. 86.)

4° De ce qu'un jugement a autorisé l'une des parties à prouver un fait par tous les moyens de droit à l'audience, sans parler de la preuve testimoniale, il ne s'ensuit pas que le tribunal ait exclu ce genre de preuve; seulement l'enquête devra être faite devant un juge-commissaire et non à l'audience, si la cause est ordinaire. (Bruxelles, 5 nov. 1831; *J.* de cette Cour, 1832-1-189.)

5° Mais une pareille locution, ne comprend pas *nécessairement* la preuve testimoniale. (Même Cour, 11 février 1829, *J.* de cette Cour, 1829.)

6° L'enquête ordonnée pour faire preuve d'une prescription trentenaire peut servir à faire preuve d'une prescription de dix et vingt ans. (Cass., 31 janv. 1837; *J. Av.*, t. 53, p. 421.)]

[[**973** bis. *Un arrêt qui ordonne d'avouer ou de dénier certains faits en reconnaît-il par cela même la pertinence, et n'est-il plus permis à la Cour d'écarter quelques-uns de ces faits par un arrêt postérieur ?*

Le 11 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 322), la Cour de Poitiers a décidé qu'elle avait le droit d'écarter certains faits après avoir ordonné que la partie viendrait à aveu ou à dénégation.

Les faits de l'espece soumise à cette cour démontrent suffisamment, selon nous, les vices de la procédure que la Cour a validée. A quoi servait-il d'appeler le défendeur à aveu ou dénégation, avant que les faits fussent déclarés pertinents et admissibles ? Et, s'il s'était contenté de répondre qu'il avouerait ou dénierait les faits quand leur admissibilité serait déclarée par la Cour, quelle marche aurait-on suivie ? On aurait été forcé de l'assigner devant la Cour, pour faire juger cette question, la première du procès. Les frais faits en conséquence du premier arrêt, eussent donc été frustratoires ; et, comme la loi ne doit jamais permettre de procédures inutiles, nous pensons que le jugement ou l'arrêt qui ordonne que la partie avouera ou déniera, devra en même temps déclarer quels sont les faits pertinents et admissibles sur lesquels cette partie sera tenue de s'expliquer. D'ailleurs, les juges doivent-ils admettre des faits contraires aux lois et aux bonnes mœurs, et, s'ils n'examinent 'admissibilité qu'après l'aveu ou la dénégation, ne lira-t-on point dans leurs jugements ce qu'on n'y devrait jamais trouver ? On doit d'autant plus s'attacher à cette manière de procéder qu'en matière d'enquête on distingue le fait de l'avoué et le fait de la partie ; et il faut que la partie ne soit consultée qu'une fois par son avoué sur les faits qui ont été articulés par son adversaire. Dans l'espèce où la Cour n'a admis que huit des neuf faits dont elle avait d'abord ordonné la reconnaissance ou la dénégation, si le neuvième fait sur lequel le défendeur avait refusé de répondre avait été reconnu pertinent par la Cour, elle eût été obligée d'impartir un nouveau délai au défendeur ou plutôt aux avoués, pour suivre la marche tracée par l'art. 252 du Cod. proc. civ. Trois arrêts auraient été rendus pour une mesure préparatoire, car le défendeur pouvait avouer ce fait, et une enquête n'était plus nécessaire. C'était enfin la matière d'un troisième débat, quand deux décisions, nécessitées cependant par la force des choses, étaient assez onéreuses pour les parties. Alors, quel circuit d'actions et de procédure ! Bien des imperfections ont été remarquées dans notre Code ; mais ce serait en créer une très grande, à notre avis, que de permettre aux tribunaux d'admettre d'abord tous les faits présentés par une partie, sauf ensuite à statuer sur leur pertinence ou leur admissibilité.]]

[[**973** ter. *Les juges peuvent-ils se refuser à admettre la preuve de faits qui auraient tous les caractères voulus par l'art.* 253 ?

M. PIGEAU, *Comment.* t. 1, p. 495, expliquant les mots de l'art. 253 : *pourra être ordonnée*, soutient qu'ils ne sauraient attribuer aux juges un pouvoir facultatif en cette matière, que les juges n'ont pas le droit de rejeter les preuves offertes par des considérations puisées en dehors des termes de la loi, qu'ils n'ont reçu leur mission que pour faire exécuter cette même loi ; qu'il ne dépend pas d'eux d'en refuser ou d'en accorder l'application à celui en faveur duquel elle prononce ; que ce serait de leur part un déni de justice ; que souvent enfin, dans le langage du législateur, le mot *peut* signifie *doit*.

Cette doctrine de M. Pigeau, en opposition avec les termes fort clairs de la loi qu'il lui a fallu interpréter d'une manière étrange, pour les accommoder à son système, est en même temps repoussée par l'avis unanime des auteurs,

comme on peut s'en convaincre en consultant MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344, n° 3; DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 5; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 437; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 287, note 20, n° 2, et BONCENNE, t. 4, p. 224. Mais une jurisprudence unanime s'élève également contre l'erreur de M. Pigeau.

Ainsi, il a été jugé que les juges peuvent se dispenser d'ordonner une enquête, s'ils trouvent d'ailleurs dans l'instruction du procès des documents suffisants pour fixer leur opinion; *Cass.*, 9 nov. 1814, 8 fév. 1820 (*J. Av.*, t. 11, p. 138), et 18 août 1836 (*J. P.*, t. 1 de 1837, p. 472); et cela sans s'occuper de la pertinence des faits; *Cass.*, 19 déc. 1830 (t. 39, p. 174); Bruxelles, 27 mars 1827 (*J.* de cette Cour, 1827.2.61); et qu'en général il est laissé à l'arbitraire du juge d'ordonner ou de refuser une enquête, une vérification d'écriture, une descente sur les lieux, une expertise, un interrogatoire, etc.; *Cass.*, 6, 11 et 12 déc. 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 111). Le tribunal peut, par conséquent, sur plusieurs faits articulés, ordonner la preuve des uns, refuser celle des autres; Rennes, 10 janv. 1820 (*J.* de cette Cour, t. 5, p. 362). Le même pouvoir facultatif lui appartient en matière de possession d'état; *Cass.*, 19 mai 1830 (DALLOZ, 30.1.249); et pour la preuve de la filiation; *Cass.*, 16 nov. 1825 (*S.*, 1826.1.453). Le juge de paix lui-même peut maintenir en possession un demandeur, sans être obligé d'ordonner une enquête, lorsqu'il trouve sa religion suffisamment éclairée; *Cass.*, 25 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 91). Comme aussi le tribunal dont les séances ont été infidèlement rapportées dans un journal, peut, à son gré, rejeter ou admettre la preuve testimoniale des faits qui se sont passés en sa présence, suivant qu'il juge être ou n'être pas suffisamment éclairé par ses souvenirs; *Cass.*, 30 déc. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 353). Et, dans tous les cas, l'appréciation des faits appartient exclusivement aux juges du fond, en sorte que leurs décisions ne peuvent donner ouverture à cassation; *Cass.*, 2 mars 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 141); 22 mars 1824 (t. 28, p. 131); 7 déc. 1831 (t. 46, p. 300), 3 janv. 1832, 24 août 1831 (*S.*, 1831.1.321); 20 déc. 1832 (*J. P.*, 1833, t. 1, p. 188); 7 mars et 19 août 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 300 et 318; t. 47, p. 580).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 20, 21.

974. *Le tribunal pourrait-il ordonner la preuve d'un fait admissible articulé par une partie, mais qui n'aurait été dénié par l'autre ni par acte, ni même à l'audience?*

Si l'art. 252 donne aux juges la faculté de tenir ou non pour confessés et avérés les faits qui n'auraient pas été déniés par un simple acte, en sorte qu'il puisse les admettre en preuve, s'il le juge convenable, cette disposition suppose évidemment que ces mêmes faits seront du moins déniés à l'audience; autrement, il y aurait contradiction entre les articles 252 et 253. Le dernier de ces articles exige, en effet, et comme condition essentielle de l'admission de la preuve, que les faits qu'elle aurait pour objet soient formellement déniés. On sent, d'ailleurs, qu'il serait fort inutile d'ordonner que des témoins seront entendus sur des faits qui ne seraient pas contestés. Il n'y a, selon nous, d'exception à cette solution que dans les trois cas mentionnés sur la 973e *Question*. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 258.)

Si donc le tribunal ne s'était pas porté à tenir pour avéré, d'après la seconde disposition de l'art. 252, un fait qui n'aurait pas été contesté par acte, et que ce fait n'eût pas été dénié à l'audience, la preuve n'en pourrait être admise, et alors le tribunal aurait, en jugeant, tel égard que de raison aux inductions que la partie qui l'avait articulé aurait cru devoir en tirer dans son intérêt.

[[Si de l'opinion de M. Carré on tire rigoureusement cette conséquence, comme il l'a fait lui-même, *Comm.* CCXII de l'art. 254, que, sur les conclusions du demandeur ou d'office, un tribunal ne peut pas ordonner une enquête, lorsque les faits ne sont pas formellement déniés, quoiqu'ils ne soient

pas tenus pour reconnus, il en résultera qu'une partie aura plus d'avantage à garder le silence sur un fait peu croyable, quoique vrai, qu'à le dénier, puisque celui qui l'aura articulé ne pourra le prouver. M. DEMIAU-CROUZILLAC, p. 184, pense avec raison que dans ce cas la preuve peut être ordonnée, parce que d'abord il n'en résultera aucun préjudice pour la partie qui refuse de répondre, et qu'ensuite de ce refus il s'élève une présomption de la vérité des faits.

Notre opinion ne tend qu'à développer le pouvoir discrétionnaire du juge qui, en matière d'enquête, est reconnu par une jurisprudence constante. *V.* notre *Quest.* précédente.

M. BONCENNE, t. 4, p. 223, semble adopter l'opinion de M. Carré, mais il ajoute que *le tribunal pourvoit à ce que les parties soient tenues de venir s'expliquer par aveu ou dénégation.* La difficulté n'est pas là ; elle commence au moment où le tribunal, malgré le silence de celui à qui sommation a été faite, ne trouve pas sa religion suffisamment éclairée.]]

975. *Mais si la partie contre laquelle le fait aurait été articulé laissait défaut, le tribunal pourrait-il refuser la preuve, par le motif que cette partie ne l'aurait pas dénié ?*

Ici, l'on appliquerait le principe que *le défaut emporte contestation*, et il y aurait lieu, par conséquent, à ordonner la preuve.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344, donne la même solution; mais M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 434, la combat avec beaucoup de force. S'il est vrai que le défaut emporte contestation, cela ne doit s'entendre, dit-il, que du droit et non pas du fait, c'est-à-dire que le défaut ne dispense pas le juge d'examiner si la demande est juste, si elle n'est pas contraire aux lois ; mais quant aux faits articulés par une partie, le défaut de la partie adverse ne peut être pris que pour un silence approbateur. Le juge devrait donc tenir les faits pour reconnus, et non en ordonner la preuve, car ils ne sont pas déniés.

Nous ne partageons pas cette dernière opinion, que nous avons déjà combattue, t. 2, p. 27, *Quest.* 619, note 1.]]

[[**975** bis. *Un tribunal peut-il refuser d'admettre la preuve testimoniale, dans les cas où la loi l'autorise, sur le seul motif que les faits articulés sont invraisemblables ?*

L'affirmative résulte du principe bien reconnu (*V.* la *Quest.* 973 *ter*), que les juges ont un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'admettre ou de rejeter la preuve par témoins. Aussi, deux arrêts l'ont-ils consacrée de la manière la plus formelle; Limoges, 21 nov. 1826, et Cass., 21 juin 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 45 et t. 33, p. 305).

La Cour de cassation, le 18 avril 1832 (*S.*, t. 33, 1re pe, p. 438), a même décidé que les juges pouvaient déclarer inadmissible la preuve testimoniale, sur le motif que la preuve offerte serait *impossible* à faire.

Qu'en fait, un tribunal ou une cour ne se laissent pas arrêter par des considérations de l'ordre de celles adoptées par la cour de Limoges, et qui, en 1828, avaient provoqué de notre part de vives observations, nous le désirons pour l'autorité même des décisions judiciaires ; mais qu'on puisse en fair un moyen de cassation, c'est ce que nous n'admettons pas.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 22.

[[**975** ter. *Les juges peuvent-ils décider, d'après leur seule connaissance personnelle, et sans avoir recours aux moyens d'instruction autorisés par la loi un point de fait contesté entre les parties?*

Il semble encore que, du pouvoir discrétionnaire que nous leur avons attribué *suprà* sous la *Question* 973 *ter*, derive pour eux le droit de se prononcer comme le suppose la question actuelle. Néanmoins, à y regarder de plus près, on voit que ce sont là deux espèces qui ne peuvent être confondues. Que si les juges trouvent dans les éléments du procès, dans les pièces, dans les aveux, les réponses des parties, de quoi établir leur conviction, on conçoit qu'ils peuvent dès lors refuser un moyen de preuve inutile, puisqu'il y en a déjà de suffisants dans la cause. Mais qu'en l'absence de toute preuve existant au procès, ils s'en rapportent à la connaissance personnelle qu'ils peuvent avoir acquise en dehors de leurs fonctions, voilà qui n'est pas admissible; car ils ne doivent juger que d'après les éléments qui leur sont présentés à l'audience ou dans l'exercice de leurs fonctions; s'ils faisaient autrement, ils ne rempliraient plus la mission de juges mais celle de témoins. Aussi, notre avis a-t-il été sanctionné par un arrêt de la Cour de Riom, du 3 nov. 1809 (*J. Av.*, t. 11, p. 74), et par l'assentiment de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 437 Les mêmes principes nous conduisent à décider, en matière de visites de lieux, que les juges ne peuvent pas spontanément faire une visite qui seule déterminerait leur jugement (*V.* notre *Question*).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 33.

[[**975** quater. *Les juges peuvent-ils, au civil, puiser des raisons de décider dans des instructions, ou enquêtes ou interrogatoires en matière criminelle, ou s'appuyer dans une instance d'une enquête faite dans une autre instance?*

Nous croyons devoir reproduire, sous cette question, la consultation donnée par MM. Carré et Toullier, le 19 avril 1829, dans l'intérêt d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen.

Ces savants jurisconsultes ont été d'avis, après mûr examen, que la Cour suprême, en cassant l'arrêt qui s'était fondé sur les faits résultant d'une enquête criminelle suivie d'une ordonnance de non lieu, rendrait un nouvel hommage aux principes les plus incontestables qui régissent l'administration de la justice. Voici leurs motifs : « Quelques rapports que puisse avoir, quant aux faits, une action purement civile portée devant un juge civil, avec une action également civile portée en justice criminelle par voie de plainte, et qui, dans l'intérêt de la vindicte publique, donne nécessairement lieu aux actes préliminaires de l'instruction criminelle, les juges civils ne peuvent néanmoins, sans violer les principes, puiser dans ces actes des éléments de preuve de l'action dont ils sont saisis.

« A plus forte raison, cette faculté leur est-elle interdite lorsque l'action criminelle et l'action purement civile, déjà si différentes par leur nature, le sont également quant à leur objet, ainsi que dans l'espèce actuelle.

« La loi a circonscrit la juridiction civile et la juridiction criminelle dans des limites qu'il n'est pas facile de franchir. Elle les a soumises à des règles particulières de compétence et de procédure; le magistrat qui exerce l'une ne peut, dans l'instruction de la contestation dont il est saisi, appliquer celles qui régissent le magistrat qui exerce l'autre.

« C'est donc avec raison que, dans la discussion du moyen de cassation sur lequel repose le pourvoi des demandeurs, l'on a posé, comme première et principale règle de l'admission, de l'appréciation et des effets de la preuve testimoniale, « qu'aux juges seuls du litige appartient le droit de diriger les

« investigations, soit par eux-mêmes, quand les témoins sont entendus à « l'audience, soit par un de leurs collègues à ce délégué, quand il s'agit d'une « enquête proprement dite. »

« Telle est, sans contredit, la conséquence immédiate de cette règle, qu'une information faite autrement ne peut tenir lieu d'une enquête, qui ne peut l'être que suivant les principes et les formalités de la procédure civile, ni suppléer par *subjonction*, pour nous servir des expressions des arrêts attaqués, à une enquête faite en conformité de ces principes et suivant ces formalités.

« Cette vérité est frappante lorsqu'on remarque les différences essentielle que la loi établit entre l'instruction criminelle et l'instruction civile, lorsqu'il s'agit de preuve testimoniale.

« En matière criminelle, le législateur, par de hautes considérations d'intérêt public, n'a prescrit aucune condition pour l'admissibilité de ce genre de preuve; à la seule exception des personnes que la loi exclut et désigne par une disposition formelle, le magistrat instructeur peut entendre comme témoins toutes celles dont il croit pouvoir obtenir des renseignements utiles pour la découverte de la vérité; toute question sur la pertinence des faits est abandonnée à sa discrétion. Le prévenu ne peut exercer aucun reproche; il ne peut être tenu qu'à faire la preuve contraire des faits dont les témoins auraient déposé. Ce droit ne lui est acquis que lorsque la procédure cesse d'être secrète, après la mise en prévention ou en accusation.

« En matière civile, au contraire, la preuve testimoniale n'est admissible qu'autant que la loi l'autorise, suivant l'objet propre de l'action; elle ne peut être ordonnée qu'après un jugement qui a déclaré pertinents des faits douteux ou contestés. Toute preuve d'autres faits que ne mentionnerait pas cette décision préjudicielle doit être rejetée, quelle que pût être d'ailleurs l'influence que ces faits sembleraient de nature à produire sur le jugement du fond; enfin, l'enquête contraire est de droit.

« C'en est assez pour justifier pleinement, dans l'opinion du conseil, le recours des sieur et dame Bourgeois; on sent que s'il était permis à un juge saisi à *fins purement civiles*, de s'attribuer, comme l'a fait la Cour de Rouen, « le « pouvoir *discrétionnaire* d'ordonner l'apport à son greffe d'une information « faite par un juge d'instruction, pour y avoir, lors du jugement définitif, *tel* « *égard que de raison*; » ce serait priver les parties des garanties et des formalités tutélaires qu'elles tiennent des dispositions qui régissent les procédures civiles, ce serait faire revivre, en faveur des juridictions civiles, l'ancien droit de convertir ces informations criminelles en enquête, droit que l'ordonnance de 1670, tit. 21, art. 3, n'accordait qu'aux seuls juges criminels, lors de la *civilisation* des procès criminels en procès civils, dont ils restaient juges (1).

« Voilà où conduirait la doctrine de la Cour de Rouen! Les soussignés, par les motifs ci-dessus, adoptant, avec une intime conviction, et sans réserve, tous ceux qui ont été développés dans le Mémoire dont ils ont pris communication, n'hésitent pas à penser que la Cour de cassation rejettera cette doctrine, en cassant, pour cause d'excès de pouvoir et violation des art. 253, 255, 256 et 293 du Code de procédure, combinés avec les art. 302 et 305 du Code d'instruction criminelle, les arrêts auxquels elle sert de base.

« Délibéré à Rennes, le 19 avril 1829. »

Sur les conclusions conformes de M. Lebeau, avocat général, qui soutint que le système de la Cour de Rouen produirait une grande perturbation dans

---

(1) V. *Répertoire* de Merlin, v° *Civiliser.*

la société, il y eut admission du pourvoi; mais la section civile, 6 janvier 1830 (*S.* 30-1-147), le rejeta par des considérations de fait qui laissent intacte l'importante question traitée dans la consultation qu'on vient de lire.

Elle avait été décidée dans le même sens par la Cour de Montpellier, le 15 juin 1827 (*J. Av.*, t. 36, p. 202); par la Cour de Colmar, le 23 juillet 1811 (t. 11, p. 107), et plus anciennement, par la Cour de cassation elle-même, le 22 messidor an VII (t. 22, p. 6).

Quoique la consultation de MM. Toullier et Carré s'occupe du cas spécial où les juges civils voudraient baser leur sentence sur une information criminelle, terminée par une ordonnance de non lieu; néanmoins, on a pu se convaincre que leurs motifs sont entièrement applicables à la question, un peu plus large, posée en tête de ce numéro, puisqu'elle se base principalement sur cette considération, qu'*aux juges seuls du litige appartient le droit de diriger les investigations.* On peut consulter aussi le Mémoire produit, dans la même affaire, par notre honorable ami, M. Guillemin, et auquel la consultation se réfère; il est inséré par extrait au *J. Av.*, t. 36, p. 202, en note.

Pour réunir sur ce point tous les documents connus de nous, nous devons dire que la Cour de Rennes avait décidé, le 12 juillet 1811 (t. 15, p. 95), qu'un jugement civil ne peut être motivé sur des dépositions reçues au criminel.

Mais, le 27 janvier 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 144), la Cour de cassation a jugé que le rejet de l'action civile peut être basé sur l'instruction contradictoire faite devant le tribunal correctionnel qui a déclaré que les faits allégués n'avaient aucun caractère de vol et de fraude

Quelle opinion devons-nous adopter sur une question si grave et si importante?

Nous l'avouerons, il nous a fallu longtemps hésiter avant de nous décider à combattre le sentiment des jurisconsultes éminents qui ont professé un avis contraire au nôtre; mais la simplicité et la netteté des principes sur lesquels nous allons appuyer notre système, justifieront notre dissentiment.

Demander si les informations faites en matière criminelle peuvent servir de base à un jugement en matière civile, si les actes d'instruction qui ont eu lieu dans un procès peuvent éclairer la décision d'un autre procès, c'est, selon nous, demander si le pouvoir des juges est soumis à quelque restriction dans le choix des moyens de conviction nécessaires pour décider un point de fait, s'il leur est interdit d'avoir égard à telle ou telle preuve matérielle ou morale que l'examen de la cause fait passer sous leurs yeux.

Nulle part, dans la loi, nous ne voyons de semblables prohibitions. Au contraire, nous avons eu souvent l'occasion de remarquer que le juge est complétement libre; qu'il peut prendre, où il les trouve, les moyens d'éclairer sa conscience, et qu'aucune limite n'est posée à son pouvoir discrétionnaire, et il faut bien qu'il en soit ainsi; car ce principe est corrélatif à celui d'après lequel nous décidons (*V.* la *Quest.* 973 *ter*) que le juge peut refuser d'ordonner une enquête ou toute autre voie d'instruction tracée par la loi. Pourquoi le peut-il? parce qu'il a le droit de prendre ailleurs et partout ailleurs ses éléments de conviction.

C'est aussi par ce motif que nous avons décidé en matière de faux, que spontanément, *proprio motu*, un tribunal pouvait déclarer un acte faux, ou rejeter la demande.

D'ailleurs, cette vérité ressort manifestement des termes de l'art. 1353 du Code civ., ainsi conçu : « *Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.* » Nous le demandons : où peut s'arrêter l'étendue d'un pouvoir qui a son point d'appui dans une si large concession? Donc, dans tous les cas où la preuve testimoniale est

admissible, les juges peuvent, sans l'autoriser, se décider par de simples présomptions; la loi ne détermine point les sources où ils devront puiser ces présomptions; elle les abandonne à leurs lumières et à leur prudence. Qui oserait, après cela, leur contester le droit de les prendre dans tous les faits, dans tous les actes, authentiques ou non, qui pourront leur être représentés quelle que soit l'origine de ces actes, quel qu'ait été le but de leur confection et encore qu'ils n'aient aucun rapport direct avec la cause qui pend à juger?

Assurément, le moyen le plus simple et le plus naturel de prouver l'existence d'une obligation, c'est de fournir le titre écrit qui la constate; mais si, à défaut de ce titre, j'en produis un, étranger à l'obligation dont s'agit, fait pour une tout autre cause, et dans lequel néanmoins se trouvera une circonstance qui puisse faire présumer l'obligation dont je me prévaux, le juge ne sera pas empêché d'y prendre les motifs de décision; il manquerait à son devoir s'il refusait de baser son jugement sur les présomptions résultant de cet acte, lorsque sa conscience lui en démontre la force ou la certitude.

Et ce qu'on dit d'un acte quelconque, authentique, privé, informe, quelle raison aura-t-on de ne pas le dire d'une information criminelle, ou de tout autre acte d'instruction judiciaire, étranger au procès qu'il s'agit de juger? Des présomptions suffisantes pour asseoir un jugement ne peuvent-elles pas s'y rencontrer? et, si elles s'y rencontrent, quelle interprétation donnera-t-on à l'art. 1353 pour les exclure de la généralité de ses termes?

Si l'on reçoit, objecte-t-on, une information criminelle, ce sera violer la loi qui prescrit de certaines formes pour les enquêtes en matière civile, puisque cette information n'y a pas été soumise; si c'est une enquête faite dans un autre procès, ce sera violer encore son esprit, en ce qu'il exige que le juge de la cause en dirige lui-même l'instruction.

Nous répondons que raisonner ainsi, c'est changer l'état de la question, et soutenir, ce qui est hors de doute, qu'une information criminelle n'est pas une enquête en matière civile; qu'une enquête dans telle ou telle instance ne peut être représentée au même titre dans une instance différente

Aussi, notre système ne va pas jusqu'à faire dire aux magistrats par une partie : Vous me demandiez une enquête sur les faits que j'ai allégués; cette enquête est déjà faite, soit dans un procès criminel, soit dans un autre procès civil; la voilà. Non sans doute, les procès-verbaux qui contiendront ces actes d'instruction ne seront pas des enquêtes, mais seulement des pièces du procès, de simples documents comme tous ceux que les parties peuvent avoir dans leurs dossiers, et qui sont propres à fournir tel ou tel éclaircissement sur l'objet de la contestation.

Mais, dès lors, puisque ce n'est pas à ce titre d'enquête qu'on les produit, que c'est uniquement comme document plus ou moins essentiel, plus ou moins probable, l'objection tirée de l'inobservation des formes est futile et n'a point de portée; car on ne peut prétendre que je sois obligé de donner la forme d'une enquête à ce qui n'en est pas une, à l'acte pour lequel je ne réclame ni le titre, ni les prérogatives d'une enquête.

On remarquera d'ailleurs que les inconvénients que la loi a voulu prévenir, en assujettissant l'enquête à des formes rigoureuses, ne sont pas à craindre lorsqu'on s'en rapporte à ce qui est constaté par des actes étrangers au procès, et par cela même non suspects de partialité, puisqu'on ne peut soupçonner les parties de s'être rendues coupables d'une fraude si prévoyante.

Dans le système contraire, l'interrogatoire d'un prévenu ne pourrait sans doute lui être opposé dans un procès civil. Et cependant, quoi de plus propre à établir la vérité que les aveux sortis de sa propre bouche, constatés par l'autorité du magistrat qui les a recueillis, et par la propre signature de ce

prévenu ? quoi de plus capable de déterminer la décision des juges, de faire naître en eux une conviction ; enfin, quel motif plausible d'ajouter moins de foi à ces informations, à ces interrogatoires, ou de leur attribuer moins d'autorité qu'on ne le ferait à un procès-verbal dressé par un officier public compétent ?

Nous ne restreignons pas ces décisions au cas où la mort des témoins entendus dans l'information criminelle rendrait impossible leur audition dans une nouvelle enquête; car, alors même qu'ils sont vivants, le procès-verbal qui constate leurs dépositions n'en a pas moins tout ce qu'il faut pour fonder des présomptions, il peut donc être suffisant pour éclairer la religion des magistrats; et le décès des témoins lui laissera ces caractères, mais ne lui donnera pas ceux d'une véritable enquête.

Si l'art. 292 a introduit une disposition destinée à accorder la valeur d'un simple renseignement aux témoignages fournis dans une enquête annulée par la faute du juge-commissaire, et dont les auteurs sont décédés depuis, c'est parce que cette enquête, étant nulle, n'aurait eu par elle-même aucune valeur, si une disposition spéciale ne la lui avait rendue.

Néanmoins, on comprendrait mal notre système, si l'on croyait que nous reconnaissons au juge le droit de prendre ses éléments de conviction dans un acte quelconque, même annulé ou périmé. Non, sans doute: la nullité une fois prononcée, l'acte n'existe plus légalement; non-seulement il n'a pas la force probante que la loi avait voulu attacher aux formalités dont il aurait dû être revêtu; mais encore il se trouve frappé de réprobation, il est censé frauduleux, mensonger; il est défendu d'y avoir aucun égard. Voilà pourquoi l'enquête nulle ne peut servir de fondement à aucun jugement, sauf l'exception particulière portée en l'art. 292. Il en serait de même de l'enquête qui aurait eu lieu dans une instance périmée depuis, puisque l'art. 401, C. p. c., ôte à tous les actes de cette instance l'existence légale.

Il y aurait aussi violation de la chose jugée, si les juges s'étaient étayés d'un acte déclaré faux par suite d'une instance en faux incident.

Ainsi, nous nous résumons par cette proposition : les juges peuvent baser leur jugement sur tous les actes d'instruction étrangers au procès, dressés soit en matière criminelle, soit en matière civile, pourvu que ces actes aient une existence, c'est-à-dire qu'ils ne soient pas frappés de nullité ou de péremption.

Mais il ne s'ensuit pas, nous le répétons, que ces actes puissent être regardés, dans la nouvelle instance où on les représente, comme des actes d'instruction réguliers, enquêtes, expertises ou autres. En sorte que s'il s'agissait d'une matière où la voie d'enquête fût indispensable, rigoureusement exigée par la loi, on ne pourrait se dispenser de la faire conformément aux dispositions de cette loi : toutes les preuves ou présomptions qu'on tire des actes sus mentionnés ne doivent jamais servir que de simples renseignements.

La Cour de Bruxelles nous paraît avoir parfaitement senti et appliqué cette doctrine, dans un arrêt du 3 nov. 1826 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1827, p. 55), où elle reconnaît que des enquêtes faites dans une instance en séparation de corps terminée peuvent demeurer jointes, comme éclaircissement, aux pièces produites à l'appui d'une demande en divorce entre les mêmes parties, pourvu qu'elles ne soient point substituées aux preuves légales et spéciales que comporte ce genre de demande.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 34 et s.

[[**975** quinq. *Les juges peuvent-ils, lorsqu'il s'agit d'une valeur excédant 150 francs, ordonner que des personnes étrangères au litige comparaîtront à l'audience pour y être entendues sur les faits de la cause ?*

Le 26 janvier 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 27), la Cour d'Amiens a jugé la négative,

en se fondant sur ce que l'on ne peut faire d'une manière indirecte ce que la loi prohibe de faire directement, qu'autrement on éluderait ses plus sages dispositions et que les déclarations de personnes tierces, étrangères au procès, ne peuvent être regardées que comme des témoignages. Le tribunal de Laon avait inséré, dans son jugement, la protestation, *sans rien préjuger et sauf à avoir aux déclarations des tierces personnes tel égard que de raison.* Mais la Cour a pensé que ces réserves ne faisaient point disparaître les vices de la disposition attaquée; sa doctrine a été confirmée par un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 11 mai 1832 (*J.* de cette Cour, t. 7, p. 271), qui a refusé d'admettre l'audition de tierces personnes, par les mêmes motifs, et toujours eu égard à ce qu'il s'agissait de faits dont la loi prohibait la preuve. Ces décisions sont bonnes, et nous croyons même qu'on aurait pu aller plus loin et dire qu'un tribunal ne doit en aucun cas, même lorsqu'il sagit d'un litige où la preuve testimoniale est admissible, ordonner qu'un tiers sera entendu à l'audience sur les faits d'une cause qui lui est étrangère. Cette audition constitue une véritable enquête, et on ne peut la dégager des formes exigées pour ce mode d'instruction, en la convertissant en comparution. Ce serait la dépouiller de toutes les formalités protectrices dont la loi a cru nécessaire de l'entourer; par exemple, de la garantie du serment, de la faculté du reproche, etc. Ainsi jugé par la Cour de Poitiers le 18 janvier 1831 (*J. Av.* t. 41 p. 326); il en serait autrement si les parties y avaient consenti, Cass., 18 janv. 1831; *Ibid.*, p. 325).]] Supp. alph., V° *Enquête*, n. 26, 27.

[[975 sexties *Les juges peuvent-ils admettre les preuves testimoniales quand il y a moyens de droit ou fins de non-recevoir?*

Evidemment, si le procès peut être tranché par des considérations de droit, ou s'il existe des fins de non-recevoir qui doivent emporter la demande, il serait frustratoire, de la part du tribunal, de permettre une preuve inutile, dont le résultat ne produirait aucun effet, à laquelle même il ne saurait, sans prévariquer, avoir égard dans son jugement définitif. Ceci doit s'entendre, comme on le pense bien, de moyens de droit ou de fins de non-recevoir que la partie aurait opposés: car si elle y renonçait, par son silence, la cause devrait alors être jugée en fait, à moins qu'il ne s'agît d'un de ces moyens que le juge est tenu de suppléer d'office, par exemple, son incompétence matérielle. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 437 et 438, insiste beaucoup sur le devoir des magistrats de n'ordonner jamais d'instruction inutile.]]

976. *Si le tribunal, dans le cas où la preuve par témoins est interdite, ne la rejetait pas d'office, l'acquiescement du défendeur le rendrait-il non recevable à se plaindre qu'elle a été admise?*

Nous avons déjà dit, sur la 972e *Question*, que les dispositions par lesquelles la loi défend la preuve par témoins sont considérées comme étant de droit public; que conséquemment le juge ne peut appointer à informer sur des faits inadmissibles, et doit même suppléer d'office l'exception résultant de la prohibition.

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point, par la raison que les dispositions dont il s'agit ont un but d'utilité publique, en ce qu'elles tendent à l'abréviation des procès, et à éviter la subornation des témoins.

On les trouve, au contraire, en opposition sur la question de savoir si, après l'acquiescement à la preuve par témoins, dans le cas où la loi la rejette, on peut réclamer contre cet acquiescement, et le faire considérer comme non

avenu, soit par le jugement à intervenir après l'enquête, soit par les juges d'appel (1).

Ceux qui ont pensé qu'une telle contravention ne pouvait être couverte ni par un acquiescement tacite, ni même par un acquiescement exprès, se sont fondés sur le principe que l'on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois de droit public, et que, conséquemment, ce n'est pas lorsqu'il s'agit de dispositions de cette nature que l'on peut appliquer la maxime : *Violenti non fit injuria.*

Mais ce principe ne nous paraît pas admettre, dans l'espèce particulière qui nous occupe, des conséquences aussi étendues. Sans doute, les lois prohibitives tiennent au droit, ou plutôt à l'ordre public, en ce sens que toute défense faite par le législateur prend sa source dans quelques considérations d'intérêt général ; mais ne doit-on pas distinguer entre celles de ces dernières lois qui n'appartiennent qu'indirectement à l'ordre public, puisqu'elles ont l'intérêt privé pour objet principal, et celles qui ont essentiellement et directement pour but l'intérêt général ?

C'est cette distinction qui a été la base de l'opinion de ceux qui estiment que le consentement doit opérer une fin de non-recevoir contre l'appel, soit d'un jugement qui ordonnerait une enquête sur des faits inadmissibles, soit d'un jugement fondé sur une telle enquête. (*V.* RODIER, *ubi suprà*, 6e *Quest.*, *in fine.*)

Ainsi, par exemple, DUPARC-POULLAIN, t. 9. p. 301, s'exprimait comme suit,

---

(1) Comme cette question très importante n'a pas été approfondie par les jurisconsultes qui ont écrit sur nos nouveaux Codes, nous croyons devoir indiquer les opinions émises à son sujet par ceux qui l'ont traitée sous l'empire de l'ancien droit. Nous offrirons en cela un moyen de vérifier celle que nous prendrons ensuite.

Danty, sur Boicean, chap. 1, nos 1, 35 et 36, p. 65 et 86, paraît penser que l'acquiescement, même tacite, de la partie contre laquelle l'enquête est ordonnée, ne peut lui être opposée.

Bornier, dans ses *Conférences des Ordonnances*, dit en deux endroits, ainsi que le remarque Rodier, sur l'art. 2 du tit. 20 de celle de 1667, *Quest.* 6, que les dispositions de cet article doivent être si étroitement observées, que les fins de non-recevoir ne peuvent être couvertes par *le règlement des contraires*, c'est-à-dire par l'appointement à informer en preuve contraire, bien que la partie n'ait pas interjeté appel, et qu'elle ait fait son enquête ; qu'enfin les juges, malgré l'enquête faite, ne doivent y avoir aucun égard, attendu que l'art. 2 du tit. 20 (cet article correspond à l'art. 1341 du Code civil) concerne le droit public, auquel ni le juge ni les parties ne peuvent déroger. Ce commentateur cite des arrêts rapportés par Louet, Charondas et Leprêtre.

Rodier, sur le même article, cite un arrêt du Parlement de Toulouse, conforme à ceux qui sont rapportés par Bornier, et un arrêt postérieur du même Parlement, absolument contraire au premier.

Un dernier commentateur de l'ordonnance, Dumont (*V. Nouv. Comm.* sur l'ordonnance, p. 211), s'élève avec force contre l'opinion de Danty et de Bornier.

Mais Jousse, sur l'article précité, admet une distinction : il cite les mêmes arrêts que Bornier ; mais ces arrêts avaient seulement décidé qu'une partie qui aurait donné un acquiescement *tacite* à la preuve, par exemple, en faisant sa *contre-enquête*, était néanmoins toujours recevable à appeler du jugement ; il ajoute, en conséquence, qu'il en serait autrement si le consentement avai été exprès et formel.

C'est avec raison, lit-on au *Nouveau Répertoire*, au mot *Preuve*, t. 9, p. 651, que Jousse a émis cette opinion, et il est étonnant, ajoute l'auteur de l'article, que Vrevin (*V. Observ.* sur l'Ordonn. de Moulins) et Anselmo, sur l'Edit perpétuel, aient soutenu que, dans le cas même d'un consentement exprès, le juge ne devait avoir aucun égard aux enquêtes

Ainsi, d'après ce passage du *Répertoire* on tiendrait pour certain que la contravention aux lois prohibitives de la preuve testimoniale, n'est couverte par l'acquiescement qu'autant que cet acquiescement a été formel.

à l'occasion de la question qui nous occupe : « Si l'on dit que la prohibition de l'ordonnance est de droit public, en matière de preuve testimoniale, il semble qu'on peut dire la même chose de presque toutes les dispositions prohibitives des ordonnances et des coutumes ; mais, en les considérant comme telles, si elles ont néanmoins pour seul objet l'intérêt des particuliers, et si le droit de quelques autres parties ne s'y trouve pas mêlé il semble que l'acquiescement doit avoir toute sa force. »

Tel est le sentiment que nous croyons devoir adopter ; nous considérons les dispositions qui prohibent la preuve testimoniale comme tenant à l'ordre public, en ce sens que le législateur, statuant sur un objet d'intérêt privé, a voulu donner aux particuliers une garantie contre l'abus qu'on pourrait faire, à leur préjudice, de l'usage de la preuve par témoins. Sous ce rapport, il a défendu aux juges de l'admettre ; il leur a implicitement prescrit de suppléer au silence de la partie qui ne réclamerait pas en sa faveur le bénéfice de la loi.

Mais toutes les fois que la partie intéressée a formellement consenti à ce que le juge admit une telle preuve, il nous paraît évident que ce consentement peut lui être opposé ; et, s'il arrivait que le juge vînt à considérer la preuve comme non avenue, s'il venait à reconnaître, sur la réclamation de la partie contre laquelle elle aurait été faite, qu'elle était vraiment inadmissible, ce ne serait que par suite du principe qu'il n'est pas lié par un interlocutoire.

Un consentement tacite, au contraire, qui n'établit qu'une simple présomption, ne rendrait pas la partie non recevable à réclamer l'application rigoureuse de la loi (1).

---

(1) Ainsi, par exemple, cette partie aurait-elle fait sa contre-enquête par suite du jugement qui aurait permis à son adversaire de prouver des faits inadmissibles, nous enserions qu'un tel acquiescement n'empêcherait pas qu'elle pût, suivant les circonstances, requérir les juges de n'avoir aucun égard à la preuve, et conséquemment se faire grief en appel de ce que la décision aurait été fondée sur cette même preuve, ce qui n'aurait pas lieu, si elle avait donné un consentement exprès.

Mais en serait-il de même si une partie, après avoir contesté sur *l'admissibilité* de la preuve, laissait passer en force de chose jugée la décision qui aurait ordonné l'enquête, ou celle qui aurait statué sur le principal d'après cette enquête ?

Nous ne le pensons pas, parce que les effets de la chose jugée sont assimilés, par la disposition de la loi, à ceux que produirait le consentement le plus formel.

C'est pourquoi la Cour de cassation, section civile, a décidé, par un arrêt du 17 février 1807 (*V. S.*, t. 7, 1re partie, p. 108), qu'une partie qui avait laissé expirer le délai pour interjeter appel d'un jugement qui avait ordonné une enquête, ne pouvait remettre en question devant elle le point de savoir si la preuve était ou n'était pas admissible.

Comme cet arrêt porte, dans ses considérants que la partie n'était plus recevable, discuter l'admissibilité de la preuve ; *soit parce que le jugement était passé en force de chose jugée, soit parce que la partie l'avait* LIBREMENT EXÉCUTÉ, M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 195, s'attachant à ce dernier motif, estime qu'il est définitivement décidé que la prohibition de la preuve testimoniale ne présente qu'une action en nullité purement facultative à celui vis-à-vis duquel elle aurait été enfreinte. Il dit, en conséquence, que, lorsqu'une preuve aura été permise ou ordonnée d'office contre la prohibition de la loi, il faut absolument que le défendeur à cette preuve interjette appel du jugement ; que s'il y acquiesce, que s'il laisse faire l'enquête, que s'il y coopère, il ne pourra plus se plaindre de cette contravention, une fin de non-recevoir insurmontable s'opposant à ce que son action en nullité soit admise.

Nous convenons que l'arrêt de la Cour de cassation fournit matière à ces conséquences, qui se trouveraient en opposition avec ce que nous avons dit relativement au consentement tacite ; mais, quoi qu'il en soit, nous ne croirions pas qu'un simple acquiescement présumé pût être valablement opposé contre toute réclamation fondée sur l'inadmissibilité de la preuve.

[[La théorie développée sous ce numéro est admise dans son entier par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 431 à 437; BOITARD, t. 2, p. 173; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 341, n° 3; DURANTON, n° 1388; et DALLOZ, t. 10, p. 720. Quant à la nuance examinée par M. Carré, à la note, au sujet de l'arrêt du 17 févr. 1807 et de l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac, le premier et le troisième des auteurs que nous venons de citer, pensent, contrairement à l'avis de M. Carré, que l'exécution du jugement est un acquiescement suffisant, quoique tacite, pour rendre la partie irrecevable à réclamer. Nous le pensons aussi; tout ce qu'on peut dire pour se rapprocher de M. Carré, c'est qu'on devra se montrer indulgent envers la partie, et ne regarder comme un acquiescement tacite que les faits qui auront indubitablement ce caractère. Mais qu'après avoir fait sa contre-enquête par suite du jugement qui permettait à son adversaire de prouver des faits inadmissibles, elle puisse *requérir* les juges de n'avoir aucun égard à la preuve : c'est ce que nous ne pouvons admettre. Évidemment, une semblable opinion est contraire à la règle impérieuse que, pour faire tomber un jugement, il faut nécessairement en interjeter appel. Sans cela, la partie contre laquelle il est prononcé ne peut se soustraire à ses effets (1).

Quant à la question principale, elle ne peut plus souffrir de difficulté, si, aux autorités doctrinales dont nous venons d'indiquer la solution, on joint les décisions judiciaires suivantes qui l'ont aussi consacrée. *Cass.*, 15 et 27 juin 1831, (*J. Av.*, t. 42, p. 189 et 190), Bourges, 16 déc. 1826 (*S.* 27-2-120), et 21 avril 1830 (*J. Av.*, t. 46, p. 164.)

M. Favard de Langlade termine en disant : « Toutefois, la partie qui a acquiescé au jugement a le droit de faire des observations sur l'inadmissibilité de la preuve devant le tribunal chargé de juger le fond, parce que les « juges ne sont pas liés par leur interlocutoire. » Et il en infère que les conclusions tendant à la déclaration d'inadmissibilité seront écoutées. Il nous semble que raisonner ainsi, c'est tomber dans une contradiction manifeste avec la solution donnée plus haut, et que celle-ci deviendra complétement illusoire.

De ce que les jugements interlocutoires ne lient pas les juges qui les ont rendus, on peut induire, il est vrai, que les parties ne sont pas liées non plus par ces mêmes décisions qu'elles ont l'espoir de voir abandonner par les juges.

Mais cet argument n'est pas concluant; car en quel sens les magistrats ne sont-ils pas liés par leur interlocutoire? C'est seulement en ce sens qu'ils peuvent juger définitivement, sans se déterminer par le résultat de la mesure qu'ils ont ordonnée. Mais ils ne peuvent pas pour cela empêcher d'exécuter cette mesure, et dire qu'il n'y a plus lieu ou qu'il n'y a jamais eu lieu d'y procéder; sous ce rapport, ils sont certainement enchaînés par leur interlocutoire. Sous ce rapport, les parties doivent l'être à plus forte raison; et, puisqu'il n'appartient pas au tribunal de se réformer en disant que les faits qu'il avait jugés admissibles ne sont pas admissibles, il n'appartiendra pas non plus aux plaideurs de remettre cette admissibilité en question.

Au reste, c'est là ce qu'ont jugé textuellement les arrêts des 15 juin 1831 et 21 avril 1830, cités plus haut, qui ont repoussé la fausse application qu'on voulait faire de la maxime : *Licet judici discedere ab interlocutorio.* Le jugement d'un tribunal qui refuserait de décider conformément au résultat de l'enquête par lui ordonnée, et exécutée par les parties, sur le motif que la loi défend la preuve des faits interloqués devrait être réformé sur l'appel.

---

(1) [Nous renvoyons, comme M. BONCENNE t. 4, p. 229, à traiter la question d'appel, sous l'art. 451, n° 1629.

Nous avions déjà écrit ce qu'on vient de lire, lorsque nous avons reçu le quatrième volume de la Théorie.

M. BONCENNE, t. 4, p. 225, s'élève contre la doctrine et la jurisprudence, en s'étayant de l'autorité de M. TOULLIER, t. 9, nos 40 et suiv. Tout son raisonnement repose sur cette pensée, que la prohibition est d'*ordre public*. Nous ne pouvons résister au désir de transcrire les lignes d'inspiration qu'à provoquées l'ardeur de la controverse de la part de cet éloquent jurisconsulte: « Je conçois, a-t-il dit, que l'on puisse, à ses risques et périls, critiquer une disposition législative, et former des vœux pour qu'elle soit améliorée ou changée. J'ai, moi-même, usé de cette liberté quand mes convictions m'y ont poussé; mais jusqu'à ce que les améliorations ou les changements aient été décrétés, l'autorité de la loi réside dans ce qu'elle est, et non dans ce qu'elle devrait être. Je conteste fort cette mission que se donnent la doctrine et la jurisprudence de remplacer à leur gré l'œuvre du législateur par de dissolvantes théories. N'est-ce pas ainsi que l'on a dénaturé l'essai de conciliation? Ce n'est plus qu'une simple formalité dont l'inobservation opère seulement une nullité d'intérêt privé, et que les parties peuvent couvrir, quoique l'art. 48 du Code de procédure porte : « Aucune demande principale, etc., ne sera reçue dans les tribunaux de première instance que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu. » C'est comme si l'on disait que les parties peuvent, par leurs conventions, substituer, dans les actes qu'elles passent, des solennités de fantaisie aux solennités prescrites par la loi; je l'ai déjà dit : « Changer, substituer, ce n'est pas interpréter; démolir, ce n'est pas commenter. »

La prohibition ne nous paraît pas être d'ordre public, le vice résultant de l'admission de la preuve testimoniale, en dehors des cas où la loi la permet, ne peut être proposé en tout état de cause, en cassation pour la première fois. (*V.* à notre *Quest.* 739 *bis*, ce que nous avons dit même pour la chose jugée.) Nous ne prétendrons pas neanmoins *qu'à priori* il soit permis, dans un acte, aux parties d'autoriser respectivement la preuve testimoniale pour leurs contestations futures, de même que nous repoussons comme nulle la convention de *mandat irrévocable* avec *pouvoir de vendre*, dans un acte d'emprunt. (*V. J. Av.*, t. 47, p. 518 et t. 50, p. 257.]] **Supp. alpha.**, V° *Enquête*, n. 28.

ART. 254. Le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluants, si la loi ne le défend pas.

Code de pr., art. 1035. — V. *suprà*, nos 167 et 170. — [Notre Dictionnaire général de Procédure. v° *Enquête*, nos 40, 55, 144, 554, 568 et 569.—ARM. Dalloz, *eod*, nos 31 à 35.—Locré, t. 21, p 459, n° 130. — QUESTIONS TRAITÉES : Si le tribunal avait ordonné, dans l'intérêt d'une partie, la preuve de faits qu'elle aurait avancés dans ses plaidoiries mais sans en offrir la preuve, cette partie pourrait-elle se dispenser de la faire en demandant que la cause fût jugée dans l'état? *Q.* 977. — Malgré la déchéance ou la nullité de l'enquête encourue par une partie, les juges peuvent-ils en ordonner une autre, si elle leur paraît nécessaire pour éclairer leur religion? *Q* 977 *bis*.] (1).

CCXII. Il n'est pas toujours nécessaire, pour qu'une enquête soit ordonnée, que l'une des parties en forme la demande, après avoir signifié ses faits, et is son adversaire en demeure de les avouer ou de les dénier dans la forme ci-dessus prescrite; car si le tribunal remarque, dans les plaidoiries ou dans

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que:
Un tribunal a toujours la faculté d'éclairer sa religion par des enquêtes, quand la loi ne le défend pas expressément. (Rennes, 25 août 1807 ; *J. Av.*, t. 11, p. 38.]

No- *Voy* nos Questions sur l'art. 452.

les défenses écrites, quelques faits qui lui paraissent concluants, et dont la loi ne défende pas la preuve testimoniale (*Rapp. au Corps légist.*), il peut, d'office, ordonner cette preuve (1), quoiqu'elle ne soit demandée ni de part ni d'autre, pourvu néanmoins que les faits ainsi avancés par l'une des parties aient été formellement déniés par son adversaire (2). [[*V.* notre *Quest.* 974.]]

977. *Si le tribunal avait ordonné, dans l'intérêt d'une partie, la preuve de faits qu'elle aurait avancés dans ses plaidoiries, mais sans en offrir la preuve, cette partie pourrait-elle se dispenser de la faire, en demandant que la cause fût jugée dans l'état ?*

Nous ne posons cette question qu'afin de prévenir les suites d'une allégation faite inconsidérément de faits dont les parties n'auraient pas la certitude de fournir la preuve. Lorsque de semblables faits sont avancés, et que le tribunal en ordonne la preuve d'office, elle doit être faite; sinon, la partie adverse peut tirer ses inductions du défaut d'enquête, et le tribunal peut les adopter.

Vainement celle qui aurait argumenté de ces faits croirait-elle se soustraire à ce résultat, en donnant pour prétexte qu'elle serait dénuée des moyens pécuniaires nécessaires pour faire recevoir son enquête : cette ruse retomberait sur elle-même, si l'adversaire offrait d'avancer ces frais; car on sent quelle impression défavorable laisserait le défaut d'acceptation de ces offres. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 200.)

[[Ces décisions, que nous adoptons, se retrouvent dans MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 344, n° 4; DALLOZ, t. 6, p. 844, n° 6; et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 437.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 43, 44.

[[**977** bis. *Malgré la déchéance ou la nullité de l'enquête encourue par une partie, les juges peuvent-ils en ordonner une autre, si elle leur paraît nécessaire pour éclairer leur religion ?*

Le 12 déc. 1825 (*J.Av.*, t. 30, p. 385), la Cour de cassation, chambre civile a décidé l'affirmative en se fondant sur ce que les juges peuvent ordonner d'office la preuve des faits qui leur paraissent concluants, toutes les fois que la loi ne le défend pas. Le 13 mai 1826 (*J.Av.*, t. 36, p. 113), la Cour de Lyon a consacré le même principe, en s'étayant de l'autorité de la Cour suprême : la Cour de Bourges, par un arrêt du 10 avril 1826 (*J.* de cette Cour, 1826, p. 274), et celle de Toulouse, par un arrêt du 13 mars 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 336), l'ont aussi formellement reconnu. Mais, le 6 mars 1828 (*J.* de la Cour, 7e année, p. 131), et le 30 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 579), la Cour de Bourges a changé de jurisprudence et a adopté la négative de la question, à l'exemple de la Cour de Grenoble, qui, le 18 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 113), s'était ainsi exprimée : « Attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 253, 254 et 293 « du Cod. de proc. civ., que l'art. 254 ne doit être entendu que dans le cas où « il n'aurait pas été demandé de preuve par les parties, et que cependant « cette preuve serait reconnue nécessaire par les juges, pour l'éclaircisse- « ment de l'affaire. »

---

(1) Les praticiens nomment *appointement de contrariété*, ou *appointement à informer*, le jugement qui ordonne une preuve par témoins.

(2) Si les faits sont avancés pour la première fois à l'audience, et que l'adversaire, au lieu de les dénier, déclare n'être pas en état d'y répondre sur-le-champ, il convient d'ordonner une remise.

[Ce point est aussi admis par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 4; et DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 6.

Enfin, la Cour de Nîmes s'est également rangée à cet avis, le 3 août 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 557).

La question mérite examen. Voyons quelle est l'économie de la loi.

Résulte-t-il du rapprochement des deux articles 253 et 254, que l'enquête d'office ne doive avoir lieu, dans l'intention de la loi, qu'autant qu'aucune preuve testimoniale n'a été offerte par les parties? Nous ne le croyons pas. Ce serait étrangement limiter le pouvoir du juge dans la recherche des éléments qui doivent servir à former sa conviction. Il nous paraît, au contraire après avoir réfléchi sur la rédaction de ces deux articles, que le sens primitif du second s'applique à la même enquête déjà mentionnée à l'article 253, et qu'il ne s'agit là que de nouveaux faits ajoutés d'office par le juge, à ceux que la partie vient d'articuler, afin que la preuve des uns et des autres se fasse cumulativement. Nous croyons qu'on se convaincra de l'exactitude de cette interprétation, en examinant avec attention les termes des deux articles et l'enchaînement des deux dispositions. Il ne résulte donc pas des articles 253 et 254 que l'enquête d'office ne soit permise que lorsque les parties n'en ont point proposé; c'est le contraire qu'il faut y voir.

Quant à l'art. 293, qui interdit de recommencer l'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, c'est bien une mesure d'ordre, une peine, si l'on veut, contre la partie qui n'a pas assez surveillé le zèle de ses mandataires; mais cette peine, en quoi consiste-t-elle? En ce que la partie sera déchue du droit d'administrer la preuve qu'elle avait offerte, et qu'elle ne pourra plus réclamer la faculté de la reproduire; qu'elle sera jugée sur les autres éléments du procès, si les juges y trouvent de quoi asseoir leur opinion.

Mais, ce que la loi ne permet pas dans l'intérêt privé d'une partie, croit-on qu'elle puisse également le refuser à l'intérêt bien entendu de la justice? et que la disposition dont nous parlons puisse être raisonnablement regardée comme une dérogation au grand principe d'ordre public et de raison naturelle, d'après lequel un juge ne doit prononcer qu'en connaissance de cause? Or, n'est-ce pas à lui uniquement à apprécier s'il a cette connaissance, ou si de nouveaux moyens d'instruction sont nécessaires pour la lui procurer?

Il est vrai qu'on peut opposer, pour soutenir le système que nous combattons, que les dispositions relatives aux déchéances et aux nullités, en matière d'enquête, deviendront illusoires et seront éludées par l'application de ce pouvoir discrétionnaire du juge; qu'un tribunal qui a permis une enquête demandée n'a dû le faire qu'après s'être assuré que les faits étaient concluants, c'est-à-dire que leur vérification pourrait avoir de l'influence sur la décision de la cause; qu'il devra donc toujours regretter que cette vérification n'ait pas eu lieu, et que, par une conséquence irrésistible, il l'ordonnera d'office.

Cette objection est sans force. De ce que le tribunal a admis une preuve offerte, il ne faut pas en conclure qu'il l'aurait ordonnée d'office, si la partie l'avait négligée. D'office, il ne doit ordonner que celle qui lui paraît indispensable pour le jugement, ainsi que l'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 437. Sur la demande des parties, il ne doit pas se montrer si rigoureux; il peut la permettre, encore même que le résultat ne lui en paraisse que médiocrement utile. Quoiqu'il pût absolument s'en passer, il l'autorisera, afin d'avoir égard aux désirs des plaideurs, lesquels, après tout, ne sont pas entièrement injustes ni complétement dénués de fondement.

On voit donc que la conscience du juge ne sera pas tellement liée que, le premier interlocutoire venant à défaillir, il se croie toujours obligé d'en ordonner d'office un second. Par là, les déchéances et les nullités ne seront pas illusoires, et la dernière objection que nous nous étions proposée disparaît avec les autres.

Nous pensons donc, en définitive, que rien ne s'oppose à ce que, dans l'es-

pièce dont il s'agit, on respecte le grand principe du pouvoir discrétionnaire accordé aux juges en matière d'instruction. Le motif de l'art. 293, rapporté par M. Carré sous cet article, démontre que le législateur n'a voulu prévenir que la fraude des parties qui, à dessein, auraient pu commettre une nullité.]] **Supp. alph.**, V. *Enquête*, n. 45, 46.

ART. 255. Le jugement qui ordonnera la preuve contiendra :

1° Les faits à prouver;

2° La nomination du juge devant qui l'enquête sera faite.

Si les témoins sont trop éloignés, il pourra être ordonné que l'enquête sera faite devant un juge commis par un tribunal désigné à cet effet.

Ord. de 1667, tit. XXII, art. 1 et 2. — Ordonn. de Blois de 1579, art. 168.—[Notre Dict. gén. de proc., vis *Enquête*, nos 25 *bis*, 61, 62, 71 à 76, 81 à 96, 525, 551; *Tribunal de Commerce*, n° 554. — Deviller neuve, v° *Enquête*, nos 1 à 10. — Arm. Dalloz, v° *Enquête*, nos 35 à 57. — Carré, *Comp.* 2e part. liv. III, tit. 2, chap. 2, art. 325? *Q.* 456, éd. in-8°, t. 6, p. 342 —QUESTIONS TRAITÉES : Y aurait-il nullité d'un jugement qui n'énoncerait pas les faits à prouver? *Q.* 978.—Est-il absolument nécessaire que les faits à prouver soient consignés dans le dispositif du jugement? *Q.* 978 *bis*. — Que doit-on faire s'il arrivait qu'un tribunal eût omis, dans le jugement qui ordonne l'enquête, quelques-uns des faits articulés dans l'acte de conclusion? *Q* 979.—Pourrait-on, après l'enquête commencée, articuler et demander à prouver des faits qu'on n'aurait pas proposés dans le premier acte de conclusion? *Q* 279 *bis*. — Le tribunal pourrait-il, en jugeant, avoir égard à la preuve des faits décisifs qui pourraient résulter d'une enquête, encore bien que ces faits n'eussent pas été insérés dans le jugement. L'assistance à cette enquête rendrait-elle la partie non-recevable à réclamer. *Q.* 980. — Le jugement qui ordonne l'enquête, serait-il nul s'il ne contenait pas la nomination du juge-commissaire? *Q.* 980 *bis*.—Le tribunal pourrait-il nommer deux juges-commissaires, l'un pour l'enquête directe, l'autre pour la contraire-enquête? *Q.* 981. — Est-il un cas où le jugement ne doive pas contenir nomination d'un juge-commissaire? *Q.* 982. — Quand il y a lieu à commettre un juge, doit-il être nécessairement choisi parmi les membres du tribunal qui ont concouru à rendre le jugement qui ordonne l'enquête? *Q.* 983.—Comment procèderait-on pour faire remplacer le juge-commissaire qui serait légitimement empêché de vaquer au fait de sa commission? *Q.* 984.—Le juge de paix commis par un tribunal supérieur pour recevoir une enquête peut-il, en cas d'absence, être remplacé par son suppléant sans commission nouvelle? *Q.* 984 *bis*.—Le tribunal, lorsqu'il ordonne que l'enquête sera faite hors du lieu où il siége, ne pourrait-il en confier la confection qu'à un juge-commis par un tribunal qu'il désignerait Si le juge de paix est commis, doit-il suivre les formalités du tit. 12, du liv. II? *Q.* 985.—Le tribunal ne peut-il renvoyer l'enquête devant un juge étranger qu'autant qu'il en est requis par les parties? Dépend-il de lui de déférer ou non, soit à cette réquisition, soit à la demande qui lui serait faite de commettre un de ses membres? *Q.* 986. — Ne doit-on pas conclure, de ce que la loi est conçue en termes facultatifs, que le tribunal pourrait rejeter la demande d'une partie tendant au renvoi devant un juge qui serait commis conformément à la seconde disposition de l'article? *Q.* 987.—Lorsqu'un tribunal a commis un juge étranger, pour procéder à une enquête de témoins qui se trouveraient au lieu où siége le tribunal, peuvent-ils demander à être entendus par un commissaire pris dans son sein, et non par le juge étranger devant lequel ils auraient été assignés? *Q.* 988. — Un juge d'un tribunal ou d'une cour peut-il être commis pour faire une enquête hors de son ressort? *Q.* 988 *bis*.—Les tribunaux français peuvent-ils ordonner qu'une enquête sera faite en pays étranger? En général, la commission rogatoire peut-elle être décernée sur une demande en prorogation d'une enquête déjà commencée? *Q.* 988 *ter*.] (1) V. *inf.*, p. 510, Q. 980 *bis*.

CCXIII. Outre les parties constitutives de tout jugement, celui-ci doit particulièrement contenir,

1° Les faits qu'il s'agit de prouver. Ces faits doivent être posés d'une manière

---

(1) **JURISPRUDENCE**

[Nous pensons que :

1° C'est la loi ancienne, et non le Code de procédure, qui doit régir les enquêtes ordonnées depuis le 1er janvier 1807, dans des procès commencés antérieurement. (Cass., 20 oct. 1812; *J. Av.*, t. 6, p. 696.) Cette décision résulte nécessairement du texte de l'art. 1041, nonobstant un arrêt contraire de la Cour de Riom, 13 juillet 1810 (t. 11, p. 89), qui ne peut faire jurisprudence.

2° Les tribunaux de première instance peuvent, comme les juges de paix, ordonner qu'une enquête sera faite sur les lieux contentieux. (Amiens, 29 déc. 1829; *J. Av.* t. 11, p. 182.)]

succincte et précise, pour qu'on puisse connaître si la preuve en était admissible, et pour que cette preuve ne porte pas sur des points étrangers à ceux dont le tribunal fait dépendre la décision de la cause.

2° La nomination d'un juge-commissaire chargé de recevoir l'enquête et d'en conduire toutes les opérations, suivant les règles prescrites.

978. *Y aurait-il nullité d'un jugement qui n'énoncerait pas les faits à prouver ?*

Oui, car ce jugement serait vicié dans sa substance, et l'on ne saurait appliquer ici la disposition de l'art. 1030, puisqu'il ne s'agit pas d'un exploit ou d'un acte de procédure. Le législateur a voulu proscrire l'usage où étaient certains tribunaux d'ordonner la preuve des faits sans les énoncer spécifiquement, et en renvoyant à l'articulement fait dans les conclusions des parties. Cette volonté du législateur deviendrait souvent sans effet, si les juges pouvaient impunément négliger de se conformer à la disposition contenue au § 1er de l'art. 255.

[[Le jugement qui, en ordonnant ou autorisant une preuve, n'énonce pas clairement les faits sur lesquels elle doit porter est nul sans contredit. Telle est l'opinion unanime de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 496; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 5; DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 8; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 438, BOITARD, t. 2, p. 175, et BONCENNE, t. 4, p. 230. La Cour de Montpellier l'a aussi expressément déclaré, le 6 mars 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 19), en annulant un jugement qui autorisait à prouver la fausse postulation, sans indiquer les faits desquels on voulait faire résulter cette contravention, et tous les arrêts cités sous la *Question* 978 *bis* ont supposé le même principe.

Cependant, la Cour de cassation a jugé, le 9 février 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 642), qu'on satisfait au vœu de l'art. 255 Cod. proc. civ., lorsqu'on admet à établir par témoins qu'un individu fait habituellement des actes de commerce; mais, s'il est vrai que la disposition de l'art. 255 ait pour but d'indiquer au juge-commissaire la limite en dehors de laquelle il ne doit pas permettre aux parties d'interroger les témoins, d'avertir ces mêmes témoins de l'objet précis sur lequel on veut les entendre, et de réserver à la partie condamnée le droit d'attaquer le jugement en soutenant que les faits n'ont pas les conditions requises par l'art. 253, il nous semble qu'une désignation aussi vague que celle dont s'est contentée la Cour de cassation est insuffisante pour remplir ce triple but. Au reste, il est certain que les faits ne doivent être consignés dans le dispositif du jugement que d'une manière succincte. Orléans, 22 déc. 1809 (*J. Av.* t. 11, p. 80). **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 60 et s.

[[**978** bis. *Est-il absolument nécessaire que les faits à prouver soient consignés dans* le dispositif *du jugement ?*

Certainement c'est dans le dispositif que se trouve la place naturelle de cette indication, puisque le dispositif est la partie essentiellement constitutive de tout jugement, et que l'objet de celui-ci c'est l'énonciation des faits; puisque d'ailleurs l'art. 260 s'exprime ainsi: *il sera donné copie à chaque témoin du* dispositif *du jugement, seulement en ce qui concerne les faits admis.*

Aussi la Cour de Bruxelles a-t-elle décidé, le 5 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 11, p. 70), qu'il ne suffit pas que les faits soient énoncés dans les qualités, mais que la nullité qui résulterait de cette énonciation transposée se couvrirait par la confection respective des enquête et contraire-enquête. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 5, adopte cette décision, que M. Carré citait aussi en jurisprudence avec une note approbative. Pour nous, nous la croyons trop rigoureuse: il est nécessaire, nous l'avons dit sur la précédente question, que

les faits soient clairement énoncés dans le jugement. Mais qu'importe qu'ils le soient matériellement dans le dispositif, ou que celui-ci s'en réfère à la désignation qui en est faite dans une autre partie du jugement? Nous en convenons, cette rédaction sera vicieuse; mais sera-t-elle irrégulière jusqu'à la nullité? Non, sans doute, puisque le but de la loi pourra être également rempli par la signification aux témoins de l'entier jugement. Cette dernière opinion est partagée par M. DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 8, PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 496, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 439, et consacrée par un arrêt de la Cour de cass., chambre civile, rendu le 17 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 328). « Attendu, y est-« il dit, que les faits dont la régie demandait à faire preuve avaient été claire-« ment libellés dans sa requête tendant à obtenir la permission de faire « enquête; que cette requête a été elle-même littéralement consignée dans le « jugement du 26 mars 1825, et que le dispositif de ce jugement portait que la « régie était autorisée à faire preuve des faits articulés dans ladite requête; « attendu enfin que copie, tant de ce dispositif que de la requête elle-même, « avait été notifiée, tant au sieur Leroy qu'aux témoins entendus dans l'en-« quête. »

Mais ce serait aller beaucoup trop loin que de prétendre que le jugement qui ne contiendrait les faits, ni dans son dispositif, ni dans aucune autre de ses parties, ne serait pas nul néanmoins, pourvu qu'il s'en référât à la requête introductive ou à toute autre pièce du procès, où les faits se trouveraient libellés. Cette pièce ne peut-elle pas s'égarer ou être altérée? la preuve deviendra alors ou impossible ou frauduleuse; aussi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 496, repousse un pareil tempérament, qu'a aussi condamné la Cour de Colmar, par son arrêt du 4 juin 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 554). Néanmoins M. Pigeau ajoute, et, nous croyons, avec raison, que la nullité d'un pareil jugement serait couverte par l'exécution qu'y donneraient volontairement les parties

M. BONCENNE, t. 4, p. 231, qui habituellement n'aime pas à hérisser notre procédure de nullités, déclare que rien *de plus oiseux ne peut être posé* que semblable question (1), et, en parlant de l'arrêt si positif de la Cour de cassation, il ajoute *qu'il ne s'en est pas moins rencontré depuis le Code de procédure, des esprits rebelles qui, dans leur outrecuidance, ont pensé que ce serait bien, si le dispositif énonçait que le tribunal a admis la preuve des faits articulés en la requête du demandeur.*

On vient de voir que nous ne poussons pas l'*outrecuidance* jusque là, et les arrêts dont parle M. Boncenne n'ont pas été aussi rebelles que ses expressions tendraient à le faire croire. M. Boncenne sait mieux que nous que le dispositif ne forme pas à lui seul tout le jugement, puisqu'il dit qu'une Cour qui adopte les motifs des premiers juges motive suffisamment son arrêt, parce que ces motifs seront insérés dans les qualités, qui font partie intégrante du jugement. Il est inexact de dire que la Cour de cassation a jugé que l'irrégularité disparaissait en *signifiant le jugement et la requête*, quand elle a décidé que, la requête étant comprise dans le jugement signifié, la signification lui paraissait suffisante, ce qui forme toute la nuance de cette question sur laquelle notre savant maître a jeté une teinte d'obscurité, parce qu'il a implicitement repoussé toute distinction.

Sur la question de savoir si le jugement doit aussi articuler les faits proposés par le défendeur pour sa contre-enquête, *V. infrà*, le n° 989 sous l'article 256.]] Supp. alph., V° *Enquête*, n. 58

(1) Il veut parler des faits relatés dans une autre partie que le dispositif.

979. *Que doit-on faire, s'il arrivait qu'un tribunal eût omis, dans le jugement qui ordonne l'enquête, quelques-uns des faits articulés dans l'acte de conclusion ?*

On pourrait conclure, de ce que dit Rodier sur l'art. 1er du tit. 22, que, ces faits ayant été articulés dans l'acte de conclusion, la preuve devrait en être reçue par le juge-commissaire, nonobstant le silence du jugement, suivant l'axiome : *idem est esse certum per se, vel per relationem ad aliud certum.*

Nous croyons plus conforme à l'esprit de la loi que la partie intéressée demande le rétablissement des faits avant l'enquête, en formant, par un simple acte, un incident à ce sujet. Cette opinion était reçue au barreau de Rennes, sous l'empire de l'ordonnance, mais on admettait en même temps que, l'enquête une fois faite, la partie n'était plus recevable en cet incident.

[[Nous croyons que cette procédure, conseillée aussi par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 5, est en effet la plus régulière, pourvu toutefois qu'il soit bien certain que l'omission dont on se plaint est le résultat d'une erreur. Mais si on n'en a pas d'autre preuve que l'omission elle-même, il ne serait pas prudent de se hasarder dans une demande en rectification; car, il est vraisemblable que les faits non mentionnés par le jugement n'ont pas été trouvés, par le tribunal, concluants ou admissibles.]] Supp. alph., V° *Enquête* n. 59.

[[979 bis. *Pourrait-on, après l'enquête commencée, articuler et demander à prouver des faits qu'on n'aurait pas proposés dans le premier acte de conclusions ?*

Nous avons déjà indiqué, sous le n° 966, la distinction d'après laquelle M. Pigeau résout cette question, et nous y avons donné notre assentiment.]]

980. *Le tribunal pourrait-il, en jugeant, avoir égard à la preuve de faits décisifs qui résulteraient d'une enquête, encore bien que ces faits n'eussent pas été insérés dans le jugement ?* [[*L'assistance à cette enquête rendrait-elle la partie irrecevable à réclamer?*]] Voy. Q. 1270 *quater.*

Ricard, dans son *Traité des Donations*, t. 1, p. 3, ch. 1er, n° 33, soutient l'affirmative; mais Rodier, sur l'art. 1er du tit. 22 de l'ordonnance, 3e *Quest.*, fait observer que cette loi exigeait que les faits fussent articulés succinctement et insérés dans le jugement. Donc, dit-il, on ne doit plus s'occuper des faits qui n'y auraient pas été insérés

Nous remarquerons que le Code contient précisément une disposition absolument semblable à celle de l'ordonnance, et, par cette considération, nous lui appliquerons les observations de Rodier. On sent, au reste, que, si le tribunal pouvait avoir égard à des faits qui n'auraient pas été insérés dans l'appointement, il serait exposé à commettre une injustice à l'égard du défendeur qui, n'ayant pas été prévenu que la preuve de ces faits serait faite, ne se serait pas mis en état de faire la preuve contraire.

[[Ces deux intéressantes questions ont été examinées et résolues par M. Carré, dans la consultation inédite qu'on va lire, délibérée sur une espèce où l'enquête avait eu lieu en matière de séparation de corps :

« Le conseil, soussigné, etc...., pour fortifier l'opinion par lui émise dans ses ouvrages sur la procédure, ajoutera qu'elle est une conséquence directe de plusieurs dispositions du Code;

« Premièrement, en toute affaire ordinaire, les faits doivent être articulés succinctement dans un acte de conclusions (C. de pr., art. 252); en matière de séparation de corps, ils doivent l'être dans la requête présentée par l'époux demandeur (C. pr. c., 875);

« Deuxièmement, pourquoi la loi a-t-elle exigé cet articulement préalable? Parce que le tribunal ne peut ordonner une enquête qu'après avoir, sur les plaidoiries contradictoires des parties, jugé les faits pertinents et admissibles;

« Troisièmement, c'est par suite de cette nécessité de juger préalablement la pertinence et l'admissibilité des faits, que l'art. 255 veut impérieusement que le jugement qui ordonne la preuve précise les faits à prouver;

« Quatrièmement, il suit de là, 1° que les faits articulés sont réputés rejetés, si le jugement n'en ordonne pas la preuve en les précisant; 2° que ceux qui n'ont pas été articulés ne peuvent être admis en preuve, à moins que le tribunal n'ait d'office ordonné cette preuve en les précisant;

« Cinquièmement, s'il en était autrement, la partie défenderesse à l'enquête eût été privée du droit de contredire la pertinence et l'admissibilité des faits; et, comme le tribunal ne peut ordonner une preuve par témoins sans avoir avant tout statué sur ces deux points par rapport à chaque fait et l'avoir précisé, il est incontestable qu'il ne peut avoir égard, en jugeant définitivement et au fond, qu'à ceux qui ont subi cette épreuve;

« Sixièmement, toutes ces propositions et leurs conséquences sont justifiées par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1807, rapporté par SIREY, t. 7, 1re part., p. 484, et *J. Av.*, t. 21, p. 125, puisqu'il ne rejette les moyens du pourvoi, fondés sur le défaut d'énonciation des trois faits dans l'arrêt d'appointement, que par des considérations de fait qui élevaient une fin de non-recevoir contre l'application de la règle.

« Ainsi, la Cour suprême a reconnu implicitement, en point de droit, que l'on ne pouvait, généralement parlant, avoir égard à des faits qui n'auraient pas été formellement admis en preuve par l'interlocutoire.

« Le conseil est en outre d'avis que le tribunal de Saint-Brieux ne pouvait, par suite, soit du silence de la partie lors de l'audition des témoins, soit des interpellations qu'elle a faites, prendre pour constant qu'elle eût entendu renoncer à la fin de non-recevoir résultant du défaut d'énonciation dans l'appointement des faits sur lesquels néanmoins certains témoins ont déposé.

« Et d'abord, s'il est un principe certain en droit, c'est que nul n'est facilement présumé renoncer à son droit et aux moyens de le faire valoir. Il faudrait donc, pour que l'on pût opposer à une partie qu'elle est non-recevable à se prévaloir d'une fin de non-recevoir fondée non-seulement sur le texte, mais encore sur l'esprit bien reconnu de la loi, qu'elle eût expressément renoncé à cette fin de non-recevoir; il faudrait au moins que cette renonciation résultât clairement d'un fait de sa part qui impliquerait nécessairement contradiction avec cette fin de non-recevoir.

« Dans l'espèce, nulle expression formelle de renonciation, mais les premiers juges en ont fait résulter une purement tacite:

« 1° De ce que la partie ne s'est point opposée à ce que les dépositions des témoins sur les faits étrangers à l'appointement fussent reçues; 2° de ce qu'elle a interpellé ces témoins sur ces faits; 3° de ce qu'en opposant la nullité de certaines dépositions pour vice de forme, elle a négligé de demander l'annulation de celles qui portaient sur les faits non précisés dans l'appointement.

« On répond, sur ces trois considérants du jugement, par la doctrine de tous les auteurs (*V.* n° 2373 du *Traité et Quest. de Procéd.*, t. 2, p. 63), que les exceptions de *forme* sont les seules qui peuvent être déclarées non recevables par suite du silence des parties ou faute à elles de ne les avoir pas opposées à une certaine époque de la procédure déterminée par la loi; tandis, au contraire, que les exceptions péremptoires, qui consistent dans tous les moyens que le défendeur peut opposer contre le fond de la demande, peuvent, comme le disent entre autres MM. MERLIN (*V° Exception*, t. 4, p. 803); DUPARC, t. 9, p. 87,

être proposées en tout état de cause, même sous l'appel, lorsqu'on les a omises en première instance.

« Or, la question de savoir si le tribunal pouvait prendre pour base de décision des faits non compris dans l'appointement tenait évidemment au fond, comme moyen de faire décider d'après l'enquête sur les faits admis en preuve, en rejetant ceux que l'on opposait et qui devenaient étrangers à l'instance, puisque la preuve n'était pas recevable. Cette fin de non-recevoir constituait véritablement une défense contre la demande principale en séparation de corps.

« Rien ici ne concerne la forme de l'enquête.

« Bien plus, comme aucune disposition n obligeait le juge-commissaire à refuser d'office de consigner au procès-verbal la déclaration d'un témoin sur un fait qui ne serait pas compris dans l'appointement, comme aucune disposition n'oblige également la partie à faire réserve de sa demande en annulation de cette déposition, comme enfin le tribunal ne statue sur le mérite des dépositions dans la forme qu'après l'audition, et au fond, que conjointement avec le principal (art. 287 et 288), il est clair que l'on ne pouvait, sous aucun rapport, déclarer le défendeur non recevable à proposer ses moyens contre la déposition, moyens qui, on le répète, n'avaient point pour objet une annulation de déposition par vice de forme, mais un moyen relatif au fond, et qui consistait à dire : *Tel fait attesté par tel témoin ne peut être pris en considération pour servir de base à la décision, puisqu'il n'a pas été admis en preuve après jugement préalable sur son admissibilité et sa pertinence.*

« Or, lorsque le sieur Poirier a plaidé sur la régularité de l'enquête, il n'avait point à faire valoir un semblable moyen ; c'est donc à tort que le tribunal l'a déclaré non recevable à opposer que les dépositions des témoins entendus sur des faits non compris dans l'appointement ne pouvaient lui être opposées.

« Il reste donc à examiner si les interpellations qui ont été faites par le sieur Poirier ont pu du moins autoriser le tribunal à le déclarer non recevable dans ses moyens. Mais d'abord il est à remarquer que la question faite à Catherine Thas, si elle était encore au service de la dame Poirier, est absolument insignifiante, puisque cette question avait trait à la forme et non au fond de la déposition.

« Il en est de même de celle adressée à la femme Languellard ; mais on n'a pas à s'en occuper particulièrement, puisque la déposition de ce témoin a été rejetée pour vice de forme, d'où suit que le tribunal n'a pu prendre en considération les faits sur lesquels il a déposé.

« Par ces motifs, on estime l'appel bien fondé, mais on ne dissimule pas que l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1807 paraît contrarier cette opinion en ce qu'il aurait décidé que la partie, qui n'a pas réclamé contre l'audition des témoins sur des faits non compris dans le jugement d'appointement, n'est pas recevable à s'en plaindre.

« Mais, sans répéter ici toutes les raisons données au mémoire à consulter pour faire ressortir les différences réelles qui existent entre l'espèce de cet arrêt et la présente, il suffit, pour en écarter l'application, de remarquer que les raisons de décider de la Cour de cassation sont particulièrement fondées sur ce que les témoins avaient été produits non-seulement par la femme, demanderesse en séparation, mais encore par le mari.

« Or, comme ce dernier devait être naturellement réputé *savoir sur quels faits eussent déposé les témoins qu'il produisait lui-même,* il y avait présomption d'un consentement donné de sa part à ce qu'ils déposassent même des faits non compris dans l'appointement, d'où suit qu'en cette circonstance particulière, le mari, défendeur, ne pouvait se prévaloir du motif de solution, donné au

n° 859 de l'*Analyse*, qu'il n'eût pas été mis en état de faire son enquête contraire.

« La Cour de cassation ajoute à cette première considération celle qu'elle tire de la présence du défendeur à l'enquête, du défaut de réclamation de sa part, des interpellations qu'il aurait faites; mais ce sont encore là des considérations de fait auxquelles la Cour ne s'est arrêtée qu'afin de donner plus de vraisemblance et de force au consentement résultant de ce que le défendeur avait lui-même produit les témoins. Ces considérations accessoires ne sont donc d'aucune importance dans une cause où le mari, également défendeur, n'avait point produit les témoins, et où les interpellations pouvaient se rapporter au fond de la déposition.

« Telles sont les raisons pour lesquelles le conseil persiste dans son opinion, nonobstant l'arrêt cité; mais sans toutefois dissimuler qu'il rendrait le succès de l'appel moins certain, si la Cour ne s'attachait pas aux différences essentielles que présentent les deux espèces. C'est à ce dernier point qu'il conviendra de s'attacher particulièrement lors des plaidoiries. »

« Délibéré à Rennes, etc..... »

A l'appui des deux décisions de M. Carré, que nous approuvons, ainsi que M. BONCENNE, t. 4, p. 230, nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 26 juin 1830 (*J. Av.*, t. 45, p. 755), qui a jugé que le consentement réciproque des parties ne suffit pas pour qu'une enquête porte sur des faits autres que ceux qui sont mentionnés dans le jugement qui l'a ordonnée, alors même que leur omission ne serait que le résultat d'une erreur. Il faut un appel de ce jugement, et un arrêt qui admette l'enquête sur les nouveaux faits.

Telle n'était point cependant l'opinion de Ricard, *Traité des Donations;* il pensait que l'on devait avoir égard à la preuve des faits décisifs que pourrait offrir une enquête, quoiqu'ils n'eussent point été mis dans l'appointement de contrariété. M. Boncenne, *loco citato*, dit que cette erreur n'aurait pas mérité d'être relevée, si ce n'eût été le grand nom de celui qui l'avait commise.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 455 et s.

[[**980** bis. *Le jugement qui ordonne l'enquête serait-il nul s'il ne contenait pa la nomination du juge-commissaire?*

M. DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 9, décide l'affirmative, et il s'appuie d'un arrêt de la Cour de Paris, du 2 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 11, p. 140). Mais cet arrêt est loin d'avoir jugé ce que M. Dalloz lui attribue, il s'est contenté de dire que le jugement où ne se trouvait pas la nomination du juge-commissaire devait être complété par un second qui suppléât à cette omission, et que le délai pour commencer l'enquête ne devait courir que de la signification de ce second jugement. Il nous semble qu'au lieu d'annuler le premier jugement, la Cour l'a déclaré valable puisqu'elle permet de le compléter. Au reste l'on sent bien que la nomination du commissaire n'est pas aussi essentielle que l'énonciation des faits; que cette dernière formalité forme la base du jugement, tandis que l'autre n'en est qu'un accessoire. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer indistinctement la même peine à l'omission de l'une et de l'autre. C'est l'avis formel de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 439, et BOITARD, t. 2, p. 176.

Il suffira à la partie, lorsqu'elle voudra profiter de la faculté à elle accordée de faire enquête, de provoquer la nomination omise, et, comme la loi n'a point fixé de délai pour cela, elle y sera toujours à temps jusqu'à ce que l'adversaire l'en ait fait déclarer déchue. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 5 novembre 1831 (*Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, 1832 p. 189).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 63.

981. *Le tribunal pourrait-il nommer deux juges-commissaires, l'un pour l'enquête directe, l'autre pour la contre-enquête qui serait faite conformément à l'article* 256?

Nous pensons bien, comme le dit M. PIGEAU, t. 1, p. 258, que le tribunal a la faculté de commettre spécialement deux juges, l'un pour l'enquête directe, l'autre pour la contre-enquête, dans le cas où il aurait lieu de croire que la confection de ces enquêtes exigeât un laps de temps si long, qu'il serait à présumer qu'elles ne pussent être terminées par le même commissaire dans le délai de la loi.

Mais ces cas se présentent rarement; on ne nomme ordinairement qu'un seul commissaire, et il procède tant à l'enquête directe qu'à l'enquête contraire.

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 6, DALLOZ, t. 8, p. 845, n° 10, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 439, pensent aussi, et leur opinion nous paraît juste, qu'on peut nommer, s'il y a lieu, un juge différent pour chacune des enquête et contre-enquête: la Cour de Metz a jugé, le 7 juillet 1820 (*J. Av.*, t. 11, p. 179), qu'un tribunal pouvait, quand il avait nommé un commissaire, et fixé un délai pour procéder à une enquête, nommer par un autre jugement de nouveaux commissaires et fixer un autre délai, si les circonstances l'exigeaient. Toutefois la Cour de Bourges, par une sévérité un peu outrée, décide que, quand les témoins à faire entendre dans une enquête, demeurant en divers lieux éloignés, ne peuvent, à cause de leurs infirmités, comparaître devant le juge-commissaire, la Cour qui ordonne cette enquête ne doit pas pour cela nommer plusieurs commissaires dans les divers tribunaux dans le ressort desquels habitent les témoins, mais que seulement le juge-commissaire peut renvoyer pour l'audition de ces témoins, devant le président de leur tribunal (31 août 1829, *J. Av.*, t. 41 p. 179).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 66.

982. *Est-il un cas où le jugement ne doive pas contenir nomination d'un juge-commissaire?*

Oui, et c'est celui où l'enquête est ordonnée en matière sommaire ou commerciale. (*V.* 965e *Quest.*)

[[En effet un tribunal de commerce ne peut, pour l'audition des témoins déléguer des arbitres; Toulouse, 16 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 169), ni même l'un de ses membres; il doit ordonner que l'enquête sera faite à son audience; Bordeaux, 19 août 1811 (t. 22, p. 266). C'est aussi l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 724.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 67.

983. *Quand il y a lieu à commettre un juge, doit-il être nécessairement choisi parmi les membres du tribunal qui ont concouru à rendre le jugement qui ordonne l'enquête?*

La loi ne l'exige point, et nous ne pensons pas qu'il ait été dans son intention d'en faire une obligation. Puisqu'elle permet de commettre un juge d'un autre tribunal, en cas d'éloignement des témoins, à plus forte raison permet-elle de nommer un membre du même tribunal qui a ordonné l'enquête, si, par exemple, les juges qui auraient concouru au jugement étaient occupés déjà d'autres commissions ou de rapports qui ne permettraient pas de leur assigner de nouvelles charges (1).

(1) C'est aussi ce que nous avons vu pratiquer à Rennes, en nommant non-seulement un juge en titre, mais même un juge suppléant qui n'avait point concouru à l'interlocutoire.

[Le tribunal peut nommer, pour commissaire, l'avocat appelé à siéger dans la cause. (Cass., 21 août 1835; *J. Av.*, t. 50 p. 323.)]

[[Cette solution est d'autant plus juste qu'aux termes de l'art. 1055, Cod. proc. civ., le tribunal peut même nommer un juge de paix pour procéder à l'enquête. L'art. 412 du Code de procédure civile offre un argument aussi décisif Tel est d'ailleurs l'avis unanime de MM. DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 9; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 6; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 439, BOITARD, t. 2 p. 177; et BONCENNE, t. 4, p. 234.

Une Cour royale a aussi le droit de commettre un juge de paix lorsqu'elle ordonne une enquête dans une affaire dont elle est saisie sur appel; Cass., 17 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 104). Il a été jugé qu'elle peut le commettre pour recevoir une enquête au lieu où elle siége; Rennes, 27 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 678.); et même pour procéder à la continuation d'une enquête qui avait d'abord eu lieu devant cette Cour; Bruxelles, 15 janvier 1831, (*Journ.* de cette Cour, 1831, 1, 44).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 68, 69.

984. *Comment procèderait-on pour faire remplacer le juge-commissaire qui serait légitimement empêché de vaquer au fait de sa commission ?*

Nous serions porté à croire que le nouveau commissaire pourrait être nommé sur une requête, par ordonnance du président signifiée à partie ou à son avoué, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 110, pour le remplacement d'un rapporteur; mais on est dans l'usage de venir, à cet effet, à l'audience sur un simple acte (1).

[[Nous pensons aussi que ces deux voies peuvent être indifféremment employées. C'est l'avis de MM. DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 9; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 6; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 439, et BOITARD, t. 2, p. 176, sanctionné par un arrêt rendu *in terminis*, le 19 juillet 1831, par la Cour d'Angers (*S.* 33-2-98); un autre arrêt de la Cour de Toulouse, du 6 janvier 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 366), a jugé que lorsqu'un jugement ou un arrêt commet, pour procéder à une enquête, le président ou le juge le plus ancien du tribunal, l'enquête peut être commencée par le premier de ces magistrats, et continuée, après une prorogation de délai, par le second, en l'absence du premier, sans nouvelle commission.

« Il est bon de noter ici, dit avec raison M. BONCENNE, t. 4, p. 237, que l'on « s'exposerait à faire œuvre nulle, si l'enquête était poursuivie ou reprise sans « que le jugement portant nomination du nouveau juge-commissaire ait été « préalablement signifié d'avoué à avoué, comme le prescrivent les termes « généraux de l'art. 147. »]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 87.

[[**984** bis. *Le juge de paix, commis par un tribunal supérieur pour recevoir une enquête, peut-il, en cas d'absence, être remplacé par son suppléant sans commission nouvelle ?*

L'affirmative a été jugée par deux arrêts très bien motivés de la Cour de Liége, 20 février 1812 (*J. Av.*, t. 11, p. 116), et de la Cour de Poitiers, 10 juin 1831 (t. 41, p. 619), auxquels on peut joindre encore l'autorité de l'arrêt de la Cour de Toulouse, cité sous la *Ques.* 984.

---

(1) On sent que, si l'empêchement survenait après que l'enquête aurait été commencée, il y aurait lieu, suivant les circonstances, de demander au tribunal une prorogation de délai à l'effet de la continuer.

Ici se place naturellement une décision rendue par la Cour de Metz, le 24 avril 1807, de laquelle il résulte qu'une enquête commencée par un juge peut être continuée par un autre, et même par un suppléant, sans qu'il soit besoin d'indiquer la cause de ce changement. (V. *Jurispr. du Code civil*, t. 8, p. 466.)

Cependant, la solution diamétralement opposée a été adoptée par les Cours de Nancy, 18 juillet 1817 (t. 11, p. 166), et de Nîmes, 28 avril 1828 (t. 36, p. 125). La Cour de Nancy a même ajouté que, dans ce cas, la nullité ne peut être couverte par le fait que le suppléant aurait également reçu la contre-enquête, et qu'elle doit être suppléée d'office par les juges. Sur ce dernier principe, nous approuverions l'arrêt, parce que nous croyons que le défaut de pouvoir du juge-commissaire vicie l'enquête d'une nullité radicale et d'ordre public, absolument comme serait nulle la sentence rendue par des individus autres que ceux à qui la loi et le souverain ont attribué le pouvoir de juger. Ce principe est confirmé par un arrêt de la Cour d'Amiens, du 8 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 46).

Mais que le suppléant manque de pouvoir pour remplacer d'office le juge de paix dans une enquête pour laquelle celui-ci avait été délégué, c'est ce que nous n'admettons pas.

Les raisons qu'en donnent les Cours de Nîmes et de Nancy ne nous paraissent d'aucun poids. Le suppléant, disent-elles, ne peut remplacer le juge que dans les fonctions que celui-ci tient de la loi, et non pas dans celles qui lui sont déférées par d'autres juges; d'ailleurs, il est de principe qu'un magistrat délégué ne peut en déléguer un autre à sa place.

Nous répondons : N'est-ce pas en vertu de la loi (art. 255 et 1035, Cod. proc. c.), que le tribunal supérieur investit un juge de paix, et pourrait-il le faire si la loi ne l'avait pas expressément désigné? Procéder à une enquête en vertu de délégation, est donc, pour le juge de paix, une attribution légale, et le suppléant peut, par conséquent, d'après le principe même des arrêts que nous combattons, le remplacer dans ces fonctions; d'ailleurs, est-ce à la personne individuelle du juge de paix que la délégation a été adressée? Non, sans doute, c'est au magistrat qui occupe son siége, lequel n'est autre que le suppléant en cas d'empêchement du titulaire. Il est donc vrai de dire qu'il y a délégation directe à l'égard du suppléant, lorsque c'est à lui et dans l'exercice de ses fonctions que la connaissance en arrive; l'objection prise de ce qu'il y aurait substitution d'un délégué envers un subdélégué, n'est donc pas plus solide que la première.

On peut voir, au *J. Av.*, t. 11, p. 117, les motifs de M. COFFINIÈRE, en faveur de notre opinion.]]

985. *Le tribunal, lorsqu'il ordonne que l'enquête sera faite hors du lieu où il siége, ne pourrait-il en confier la confection qu'à un juge commis par un tribunal qu'il désignerait ?* [[*Si le juge de paix est commis, doit-il suivre les formalités du tit.* XII, *du livre* II.]]

Il faut remarquer que l'art. 1035 a étendu la troisième disposition de l'article 255; ainsi, le tribunal pourrait, d'après le premier de ces articles, commettre un juge ou même un juge de paix qu'il indiquerait lui-même dans le jugement, ou autoriser un tribunal qu'il désignerait à nommer, soit un de ses membres, soit un juge de paix.

La raison dit que le tribunal commettra toujours un juge de paix, lorsque l'enquête devra se faire dans son ressort; et qu'il conférera au tribunal du domicile des témoins la nomination du commissaire, si l'on doit procéder hors des limites de son territoire (1).

---

(1) Ici nous rappellerons la solution affirmative donnée par deux arrêts de la Cour de Rennes, sur la question de savoir si le juge de paix commis à une enquête peut y procéder conformément aux dispositions propres à sa justice, et se dispenser conse-

[[Il faut remarquer encore que, lorsqu'un tribunal commet un juge d'un autre tribunal, ce juge doit être nommé par le tribunal entier dont il fait partie, et non par le président seul, à peine de nullité; car le juge, ainsi nommé, manquerait de pouvoirs (*V.* la *Quest.* 984 bis), ainsi l'a jugé la Cour de Limoges, le 3 juin 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 213).

Voyez, à l'appui de cette décision, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 496, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 441; mais ceci n'aurait lieu qu'autant que le tribunal délégant ne désignerait pas nommément lui-même un juge, membre du tribunal étranger, ce qu'il a le droit de faire, aux termes de l'art. 1035, et d'après l'opinion de M. BOITARD, t. 2, p. 178.]]

986. *Le tribunal ne peut-il renvoyer l'enquête devant un juge étranger qu'autant qu'il en est requis par les parties? Dépend-il de lui de déférer ou non, soit à cette réquisition, soit à la demande qui lui serait faite de commettre un de ses membres?*

Jousse, sur l'art. 12 du tit. 22 de l'ordonnance, et, d'après lui, DELAPORTE, t. 1, p. 255, disent que le juge n'est pas obligé de commettre, à moins que les parties ne le requièrent, parce que souvent elles aiment mieux que l'enquête,

---

quemment de suivre les formalités prescrites par le titre que nous expliquons.

Nous ajouterons à ce que nous avons dit en examinant cette question, que la Cour de Paris, par arrêt du 26 juin 1809 (*J. Av.*, t. 11, p. 61), l'a décidée comme celle de Rennes, mais que la Cour de Montpellier s'est prononcée d'une manière absolument opposée.

On lit, dans le Recueil que nous venons de citer, que la jurisprudence sera bientôt fixée sur cette importante question, attendu qu'il y a pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour de Montpellier.

Mais aucune décision de la Cour suprême à cet égard n'est parvenue à notre connaissance, et en attendant, nous persisterons à conseiller les mesures de prudence que nous avons indiquées précédemment.

[Deux arrêts de la Cour de Limoges, des 6 août 1822 et 4 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 24, p. 263; et t. 35, p. 55), ont formellement décidé, et en donnant d'excellents motifs, que le juge de paix délégué par un tribunal pour procéder à une enquête, devait se conformer à la procédure du tit. 12, liv. 2, et la Cour de cassation a formellement préjugé le principe en déclarant que, même pour une enquête faite devant un juge de paix commis, l'art. 261 du Code de procédure civile devait être observé en ce sens que l'assignation pour y être présent doit être donnée au domicile de l'avoué, et non à celui de la partie (Cass., 17 déc. 1811, t. 11, p. 61); elle nous paraît avoir tranché la difficulté *in terminis* dans son arrêt du 22 juillet 1828. (*J. Av.*, t. 35, p. 345). C'est aussi l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 206, rapportée par M. Carré, qui l'approuve, sous la note 2 de la Question 163, et celle de M. DALLOZ, t. 6, p. 845, n° 11.

Devant la Cour de Limoges, pour repousser la nullité, on disait : qu'on ne pouvait pas obliger les juges de paix à mettre en pratique une loi qui leur était étrangère; singulier raisonnement, et qui aurait sans doute été désapprouvé par tous les juges de paix, auxquels aucune loi n'est étrangère, ou du moins ne doit l'être. Si l'opinion contraire à celle de la Cour de Limoges venait à prévaloir, l'économie du titre de l'enquête serait bouleversée, on ne pourrait jamais renvoyer devant un juge de paix, ou, dans la même affaire, il y aurait contradiction et bizarrerie. Le juge de paix représente le tribunal, et il applique alors une loi dont il doit savoir apprécier toutes les dispositions.

D'ailleurs, peut-on dire que l'affaire change d'importance parce que l'enquête a lieu devant un juge de paix, et qu'il soit dès lors permis ou raisonnable de la dépouiller des garanties dont la loi a voulu entourer l'instruction des affaires qu'elle soumet à la juridiction des tribunaux ordinaires? M. BONCENNE, t. 4, p. 234, s'étonne que semblable question ait pu être soulevée; *autant valait demander*, dit ce savant auteur, *si la délégation peut changer la nature de l'affaire*, et il cite, à l'appui de son opinion, la loi 1re, § 1, au Code *de Officii ejus cui mandata est jurisdictio*, ainsi conçue : *Qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur.*

quoique plus coûteuse, soit faite par-devant un des juges du tribunal où la contestation est pendante, que de la faire faire par un juge étranger.

Nous pensons bien que le juge n'est pas *obligé* de commettre, lorsqu'il n'en est pas requis ; cela résulte, selon nous, de ce que la troisième disposition de l'art. 255 est conçue en termes facultatifs (1).

[[Sur cette question et la suivante, nous adoptons les opinions conformes de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 497 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 6, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 340.]]

987. *Ne doit-on pas conclure, de ce que la loi est conçue en termes facultatifs, que le tribunal pourrait rejeter la demande d'une partie tendant au renvoi devant un juge qui serait commis, conformément à la seconde disposition de l'article* (2) ?

M. Delaporte et les auteurs du Commentaire, décident que le tribunal ne peut se refuser à ordonner le renvoi, conformément à l'art. 255, sans se mettre sous le coup d'une prise à partie pour déni de justice. Alors, disent-ils, si l'une des parties demandait le renvoi pour son enquête, et que l'autre partie s'y opposât, il ne serait ordonné que pour l'enquête de la première, et non pour celle que l'opposant pourrait avoir à faire.

Nous ne partageons point cette opinion, que les auteurs ci-dessus nommés ont en partie puisée dans le Commentaire de Jousse.

Et en effet, nous remarquerons que ce commentateur de l'ordonnance l'avait émise, d'après l'art. 168 de celle de Blois, portant : « Que s'il était besoin « d'examiner quelques témoins hors des lieux de la demeure des juges, ceux-ci « seraient tenus, *s'ils en étaient requis*, d'octroyer commission aux officiers des « lieux, sans qu'ils la *pussent refuser.* »

Bien loin de répéter ces termes, notre Code dit que le juge *pourra :* on ne saurait donc suivre sous son empire le sentiment de Jousse ; et il y en a d'ailleurs une raison fondée en justice : c'est qu'il peut arriver qu'une partie ait réellement intérêt à ce que la preuve ne soit pas faite sur les lieux ; par exemple, si elle avait des motifs de craindre, de la part du juge qui serait commis, quelques préventions résultant d'impressions locales ; préventions qu'il pourrait servir au moyen des interpellations qu'il a droit de faire d'office, conformément à l'art. 273, etc.

Nous croyons que le législateur a voulu, dans l'intérêt des parties, prévenir de semblables inconvénients, et que c'est pour cela qu'il laisse au juge une faculté pour ainsi dire illimitée de prononcer comme il l'estimerait convenable, d'après les circonstances (3) [[*V.* la *Quest.* 986.]]

---

(1) Mais serait-il également vrai, comme paraîtraient le dire les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 120, que, lorsqu'une telle réquisition ne lui est pas adressée, le tribunal n'aurait pas le droit de commettre un juge étranger ? Nous aurions de la peine à le croire : le législateur a voulu économiser les frais, et hâter le terme de l'instruction ; il a donné aux juges une faculté qu'il n'a limitée par aucune distinction ; et ces motifs nous semblent suffisants pour faire admettre qu'un tribunal, encore bien que les parties n'aient fait aucune réquisition à ce sujet, peut appliquer la troisième disposition de l'article 225.

[Nous partageons cette opinion.]

(2) Cette question n'est pas de nature à se présenter fréquemment, mais elle est élevée par les auteurs ; et il suffit d'ailleurs qu'il ne soit pas impossible qu'il y ait lieu à prononcer à son égard, pour qu'il ne soit pas inutile de l'examiner.

(3) Du moins, dira-t-on, cette faculté ne s'étendra pas jusqu'à donner à un tribunal le droit de prendre un commissaire hors de son sein, lorsqu'une des parties, malgré l'éloignement des lieux, demanderait expressé-

988. *Lorsqu'un tribunal a commis un juge étranger pour procéder à une enquête, des témoins qui se trouveraient au lieu où siége ce tribunal peuvent-ils lui demander à être entendus par un commissaire pris dans son sein, et non par le juge étranger devant lequel ils auraient été assignés ?*

Une semblable demande a été faite à l'un des présidents de la Cour royale de Rennes, comme juge de référé, par deux témoins, dont l'un était retenu en cette ville pour l'exercice de fonctions publiques, l'autre par des affaires dont il était chargé comme avocat. Sur la requête tendant à être dispensés de comparaître devant le juge commis dans un département voisin, M. le président a décidé qu'ils seraient entendus par lui.

Il a considéré que le juge étranger n'avait été commis pour faire l'enquête que comme délégué de la Cour, et que cette délégation n'avait pu avoir pour objet des témoins domiciliés au chef-lieu du ressort de cette Cour.

En cette circonstance, les témoins prirent avec raison la précaution de signifier l'ordonnance qui fixait le jour de leur audition, 1° à la partie, pour qu'elle pût être présente; 2° au juge étranger, dans la personne du greffier, afin de prévenir la condamnation à l'amende que la loi prononce contre le témoin défaillant. D'un autre côté, M. le président avait fixé le jour de l'audition à une époque assez éloignée pour que la partie pût y assister. (*Ordonn. de M. le président de la 3e chamb.*, du 18 avril 1812.)

[[Il n'y a rien que de très raisonnable et de très légal dans cette manière de procéder.]]

[[**988 bis.** *Un juge d'un tribunal ou d'une Cour peut-il être commis pour faire une enquête hors de son ressort ?*

M. Carré, dans sa *Compétence*, éd. in-8°, t. 3, p. 247, s'est exprimé en ces termes : « Art. 223. La compétence est le droit que la loi défère à chaque tribunal d'exercer sa juridiction en telle ou telle affaire que la loi spécifie. — « *Art. 224.* Tout juge, tout tribunal a son territoire circonscrit *au-delà duquel* « *il est incompétent.* On ne pourrait citer aucun texte de nos lois actuelles qui « ait littéralement consacré le principe que renferment ces articles. Cependant ce principe n'en est pas moins constant. Il pourrait s'inférer des

---

ment que l'enquête fût reçue par un membre du tribunal.

Nous répondrons qu'il tient en quelque sorte à l'ordre public que le juge, quand il le peut, sans préjudicier aux droits des parties, fasse ce qui dépend de lui pour économiser les frais des procédures ; que, d'un autre côté, l'intérêt éventuel qu'aurait la partie adverse à éviter un surcroît de dépenses qu'elle pourrait supporter, s'il arrivait qu'elle succombât, fait un devoir au tribunal d'ordonner que l'enquête sera faite sur les lieux, si on ne lui justifie pas de la nécessité d'y faire procéder par-devant un de ses membres.

Mais nous allons encore plus loin ; et, en supposant que la partie adverse consentît à ce que le tribunal n'adressât pas la commission à un juge du domicile des témoins, la première considération que nous venons de présenter nous porterait à croire que ce tribunal, qui ne verrait point de motifs suffisants pour que l'enquête fût faite dans la ville où il siégerait, ne serait pas tenu de céder au vœu contraire des parties.

Il y aurait lieu, en cette circonstance, de présumer que l'esprit de chicane, joint à la présomption du succès, eût porté les deux adversaires à grossir les frais de procédure afin de se nuire davantage ; et certes, le législateur n'a jamais entendu que le juge secondât de telles intentions.

[Telle est aussi l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 201 ; nous ne voyons aucun motif de décider autrement. Si le tribunal indiqué refusait de nommer un commissaire, il y aurait déni de justice, dit avec raison M. DELAPORTE, t. 1, p. 255.]

« lois qui ont fixé la division du territoire européen du royaume, il est d'ailleurs la conséquence nécessaire des dispositions de la loi du 27 ventôse « an VIII, qui, en organisant les tribunaux, détermine pour chacun d'eux un « arrondissement que l'on appelle ressort : d'où il suit qu'il y a lieu d'appliquer à nos tribunaux la maxime du droit romain, *Judex non potest extrà « territorium jus dicere*... L. dernière ff. de *Juridictione*, l. 1, § *Quum urbem*, ff. *de « Officio præfect. urbis.* »

Puis M. Carré examinant, sous le n° 187, la question de savoir si l'acte de juridiction fait par un juge hors de son territoire, est nul de plein droit, admet une distinction d'après laquelle, avec M. PONCET, *Traité des jugements*, t. 1er, p. 211, n° 121, 2°, il décide « Qu'un jugement émané d'un juge qui est sorti « de son arrondissement territorial tombe de plein droit, si la preuve de ce « fait résulte des énonciations expresses du jugement, et n'a aucune force « obligatoire, attendu que les juges hors de leur territoire ne sont que de « *simples particuliers*, d'où il suit que le jugement n'est point un acte de juri- « diction, et que conséquemment on ne peut lui accorder l'autorité de la « chose jugée. »

Nous adoptons complétement cette doctrine, qui nous paraît applicable à tous les cas, même à ceux où le juge ne se livre qu'à un acte d'instruction; car, *simple particulier*, il ne peut jamais remplir même l'office de juge-commissaire.

Cependant, tout en reconnaissant le principe, quant au jugement, on insiste et on soutient que ce n'est pas empiéter sur les droits d'un autre tribunal, que de faire sur le territoire de celui-ci une opération dont le but est d'arriver à la décision d'une cause qui est de la compétence, et qui rentre dans les attributions du tribunal qui a voulu s'éclairer. Dès là que ce tribunal ne juge que les causes dont la loi lui a confié la connaissance pourquoi, dit-on, ne pourrait-il pas chercher et prendre, partout où il les rencontre, les éléments qu'il croit utiles à l'instruction du procès, et pourquoi ne pourrait-il pas les recueillir là où ils se trouvent, soit par lui-même, soit par un de ses délégués?

Dans cette opinion, l'art. 1035 ne paraît pas opposable, parce qu'on remarque 1° que la faculté de désigner un juge étranger est basée sur l'éloignement du lieu où l'opération doit être faite, et non sur sa position au dehors du ressort, d'où il suit que, s'il était placé hors du ressort, mais néanmoins assez près du siége du tribunal, le motif de la loi ne paraîtrait plus applicable; 2° que c'est une faculté et non pas un devoir, en sorte que si le juge ne répugne pas à se transporter dans le lieu indiqué, quel que soit son éloignement, rien ne semble l'obliger à se faire remplacer par un juge du tribunal voisin. Le législateur a supposé qu'un juge quelconque pouvait se transporter dans tous les lieux, même hors de son ressort, pour y procéder à une enquête, une visite des lieux, etc.

Qu'on ne dise point, ajoute-t-on, que le caractère légal lui manquera; car un juge est partout juge. Si son pouvoir est ordinairement restreint aux hommes et aux choses de son territoire, c'est pour la plus grande commodité des justiciables; mais en principe, son pouvoir n'a pas de telles limites, puisqu'il peut juger, avec le consentement des parties, les procès qui ne sont pas de sa compétence, à plus forte raison peut-il aller chercher partout les moyens de s'éclairer sur une difficulté dont la décision lui appartient d'une manière toute spéciale.

Ces objections, qui nous ont été soumises, ne nous ont pas touché, et viennent se briser contre cette pensée si simple et si vraie de M. Poncet : que hors de leur territoire, *les juges ne sont que de simples particuliers.*

Par quel greffier, par quel huissier un juge-commissaire se fera-t-il assister

dans son opération? Hors de son territoire, il est incontestable qu'il n'a aucun ordre à donner aux officiers ministériels du tribunal dans le territoire duquel il se trouve; il est également certain qu'un huissier dont il se ferait accompagner serait, hors de l'arrondissement où il est immatriculé, sans aucun caractère, qu'il en serait de même du greffier. Il ne serait ni digne ni convenable que le juge remplît tout à la fois les fonctions de l'huissier, du greffier et du magistrat : son opération deviendrait donc impossible.

Cependant, le 8 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 46), la Cour d'Amiens a jugé le contraire en décidant qu'un juge de paix, délégué par un tribunal ou par une Cour, peut procéder hors de son canton. Le seul motif de cette Cour est qu'en commettant le juge de paix, elle l'avait investi de tous les pouvoirs qu'aurait eus le juge de paix, son voisin. Cette raison nous paraît très faible; on ne peut admettre que la délégation d'un tribunal supérieur suffise pour étendre les pouvoirs et la juridiction du tribunal inférieur; ce serait méconnaître, non-seulement les principes que nous avons déjà posés, mais encore tous ceux qui constituent la hiérarchie judiciaire.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 75 et s.

[[**988** 1er. *Les tribunaux français peuvent-ils ordonner qu'une enquête sera faite en pays étranger? En général, la commission rogatoire peut-elle être décernée sur une demande en prorogation d'une enquête déjà commencée.*

« Sur ces importantes questions, disait M. Carré, dans une consultation délibérée à Rennes le 15 mai 1821, il n'existe, du moins à la connaissance du soussigné, malgré les nombreuses recherches auxquelles il s'est livré, aucune décision judiciaire, mais seulement l'opinion isolée de l'auteur des traités de l'administration de la justice civile et de la justice criminelle.

« Dans le premier de ses ouvrages, t. 1, p. 43, il se borne à énoncer en principe qu'on peut déléguer hors du royaume pour entendre des témoins, et il renvoie à l'autre ouvrage, dans lequel il s'exprime ainsi, t. 2, p. 78.

« Raviot, sur la coutume de Bourgogne, *Quest.* 256, numéros 16, 17 et 18, « dit qu'un Français peut être assigné à comparaître hors du royaume, à « l'effet d'y compulser des pièces, ainsi qu'il a été jugé par le parlement de « Dijon, le 2 décembre 1698. Par la même raison, ajoute l'auteur, un témoin étranger peut être entendu hors du royaume, dans une information ou enquête; *si on ne peut l'y faire venir*, le juge de France peut, à cet effet, « donner au juge du domicile du témoin hors du royaume, une commission « rogatoire, et il n'y a rien en cela qui soit contraire au droit des souverains. « L'éclaircissement de la vérité étant du droit des gens, c'est toujours d'auto- « rité du juge délégué que se fait l'instruction. »

« De nombreuses objections peuvent être faites contre cette doctrine, principalement sous l'empire de notre Code de procédure, dont l'art. 1041 abroge sans distinction toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure. On peut dire aussi que, soit au titre des enquêtes, soit dans l'art. 1035, où le législateur a particulièrement traité des commissions rogatoires, on ne trouve aucune disposition qui autorise les tribunaux français à déléguer des juges étrangers.

« Quoi qu'il en soit, l'ordonnance de 1667 ne contenait également aucune disposition sur ce point, et, cependant, puisqu'aucun auteur n'a contredit les assertions de Jousse, fondées sur des décisions judiciaires qu'il cite, la délégation pouvait avoir lieu. Telle est aussi l'opinion vers laquelle le conseil incline, en se fondant sur ce que l'abrogation prononcée par l'article 1041, ne peut recevoir son application dans un cas particulier régi, comme le dit Jousse, par les principes du droit des gens. Si, au reste, l'on a dit que Jousse était le seul des auteurs qui se soit formellement expliqué sur la question

soumise au conseil, on trouve néanmoins aux *Questions de droit* de M. MERLIN v° *suppléant*, § 1, t. 5, 2e édition, p. 144 et suiv., quelques raisons de décider ainsi, du moins par analogie. En effet, dans le plaidoyer rapporté en cet article, M. Merlin maintient que, s'il est vrai (soit d'après l'article 121 de l'ordonnance de 1629, soit d'après l'article 546 du Code de procédure), qu'il y aurait vraiment attentat à la souveraineté du royaume, si l'on admettait en France, comme un titre exécutoire ou comme ayant l'autorité de la chose jugée, un arrêt ou une sentence rendu contre un citoyen français par un tribunal étranger; néanmoins, cet attentat n'existe point, quand il s'agit d'une enquête. Il est vrai que, dans l'espèce à l'occasion de laquelle cet ancien magistrat émet une pareille opinion, il s'agissait d'une enquête faite en Espagne sur des usages commerciaux de ce royaume, et non pas en vertu de commission rogatoire d'un tribunal français, et sur des faits particuliers par lui admis en preuve. Aussi, M. Merlin insiste-t-il pour assimiler l'enquête à des parères ordonnées en pays étranger sur un usage local, et qui furent toujours reçus en France, lorsque leur authenticité n'était pas contestée.

« Mais ce même auteur cite l'opinion d'Emérigon, dans son *Traité des Assurances*, chap. 4 section 8, lequel affirme sans distinction, d'après un arrêt du parlement d'Aix, que les *enquêtes prises, et d'autres preuves dûment authentiquées par le juge étranger, sont admises parmi nous*, dans les matières civiles concernant le commerce.

« Ce n'est pas encore décider explicitement si un tribunal français peut commettre un juge étranger. Mais, puisqu'il était admis que l'enquête faite en pays étranger faisait foi en France, la conséquence paraît être que le juge français peut valablement décerner commission à cet effet, puisqu'en pur point de droit le doute ne pourrait naître que de ce qu'on verrait en cela une atteinte à la souveraineté. Or, si l'on n'en reconnaissait aucune à considérer comme probantes en France des enquêtes faites en pays étranger, aucune aussi n'existe dans le fait de décerner commission.

« On sent d'ailleurs qu'une extrême injustice résulterait souvent de ce que cette faculté serait interdite, puisque toutes les affaires qui rendraient indispensable la preuve par témoins de faits passés en pays étrangers, ne pourraient recevoir de décision.

« On ne pense pas que l'on puisse accueillir une objection fondée sur ce que le demandeur qui doit prouver sa demande, à peine d'en être débouté, ne peut priver le défendeur du bénéfice des dispositions des lois françaises, relatives à l'audition des témoins, etc., l'obliger à constituer un mandataire en pays étranger, pour veiller à cette audition, etc.; on répondrait que cette considération est plus que balancée par le danger qu'il y aurait de faire résulter, de la situation des lieux où des faits jugés *pertinents* et *admissibles* se seraient passés, une fin de non-recevoir absolue contre la demande. D'ailleurs, en définitive, si le demandeur succombe, le défendeur a reprise de ses frais; si, au contraire, le demandeur obtient gain de cause, il est juste que le défendeur supporte tous les effets résultant de ce que la preuve n'a pu être faite qu'en pays étranger.

« Insisterait-on en disant que le demandeur doit faire venir les témoins en France? Mais il suffit, pour détruire cette objection, de dire qu'à moins d'intervention des deux puissances, ce qui peut avoir lieu en matière criminelle, parce qu'il s'agit de l'ordre public et de la sûreté des Etats, rien n'oblige un étranger à se déplacer en vertu d'ordres d'une autorité qui ne peut exercer aucun pouvoir dans son pays, sans attenter à sa souveraineté.

« Et, ici, il est à remarquer, avec Jousse, que la commission rogatoire n'a point le même caractère, parce que le juge délégué n'agit qu'en vertu des

pouvoirs du juge commettant, qu'il reste dailleurs libre d'accepter ou non, chance que court le demandeur en enquête.

« Tels sont les motifs de l'opinion du soussigné, sur la première question, véritablement importante, surtout après les relations que les Français ont eues en pays étranger pendant si longtemps, mais question difficile sur laquelle il serait à désirer qu'il s'établît une jurisprudence certaine.

« Mais, en admettant en principe que le juge français peut décerner commission rogatoire, nous sommes convaincus que l'éloignement ne suffit pas comme dans les cas ordinaires (*V.* art 225, 412 et 1035), pour autoriser le juge à prendre cette mesure. Il doit ici, pour concilier les intérêts du défendeur à l'enquête avec ceux du demandeur, examiner, en même temps qu'il prononce sur l'admissibilité et la pertinence des faits en général, si ceux dont il s'agit de faire preuve en pays étranger sont absolument utiles à la décision de la cause, s'il n'est pas possible, en un mot, de prononcer sur le différend sans les approfondir.

« Dans l'espèce actuelle, c'est le défendeur à l'enquête qui requiert la commission, après l'enquête directe du demandeur, et avoir lui-même fait enquête contraire, sans avoir demandé qu'il fût décerné commission à un juge d'Espagne. On estime qu'il a, par le silence gardé jusqu'ici, pensé lui-même qu'il était inutile, pour la décision, de faire enquête en Espagne, et vainement prétendrait-il qu'il est excusable, parce qu'il était dans l'ignorance des résultats des dépositions des témoins qu'il avait à faire ouïr en France; une telle excuse n'est pas admissible de la part de celui qui lui-même produit ses témoins. D'ailleurs, le testateur étant décédé en France, où sans doute il avait fait une résidence d'une certaine durée, il est difficile de croire qu'il y ait nécessité de chercher des preuves en Espagne.

« La seconde question présente à examiner, en pur point de droit, si la commission rogatoire peut être accordée sur une demande en prorogation; le conseil tient la négative et la fonde sur les raisons suivantes :

« L'article 255, prévoyant le cas où les témoins sont trop éloignés, autorise la confection de l'enquête devant un juge commis, mais il suppose que cette autorisation ne peut être donnée que par le jugement qui ordonne l'enquête, et qui nomme le juge commissaire. Néanmoins, dans l'opinion du conseil, la commission pourrait être décernée par jugement séparé; mais, en même temps, il pense que la demande ne peut être formée après l'enquête commencée. Cette opinion est fondée par analogie sur la solution donnée au numéro 858 de l'analyse des opinions et des arrêts, sur le Code de procédure, par le soussigné, relativement à l'omission dans le jugement d'appointement de quelques faits articulés.

« Si l'enquête a été commencée, l'état de l'instruction est fixé du consentement de la partie; et, quant aux faits et quant aux lieux où l'enquête doit être faite, il n'est plus permis à personne de changer cet état.

« La partie intéressée a, comme on l'a dit sur la première question, à s'imputer la faute de n'avoir pas prévu avant l'enquête qu'elle aurait besoin de faire entendre des témoins éloignés. Elle est d'ailleurs justement présumée ne requérir la commission qu'afin d'éloigner une décision qui, d'après l'enquête déjà faite, semble devoir être contraire à ses prétentions.

« D'un autre côté, la loi, comme l'a fort bien remarqué l'auteur du Mémoire à consulter, ne détermine qu'un seul cas où, après l'enquête commencée, on peut déléguer le pouvoir d'entendre un témoin. C'est celui où le témoin *déjà assigné* ne comparaît pas, par l'impossibilité où il est de le faire, à cause de son éloignement (*V.* art. 265 et 266). Mais il est à observer qu'il ne s'agit que d'un témoin *déjà assigné*, réassigné même, et que ce cas particulier pour

lequel il existe une disposition spéciale, est tout différent de celui où il s'agit d'entendre, et au loin, des témoins qui n'ont pas même été assignés.

« Au surplus, il est à remarquer que les tribunaux *peuvent* rejeter ou admettre les demandes de prorogation de délai, de même que celles tendant à ce qu'ils décernent commission rogatoire, et il semble au soussigné que, s'il est une circonstance dans laquelle l'une et l'autre peuvent être rejetées sans injustice, c'est celle que présente l'espèce dans laquelle il consulte.

On a vu que, dans le cours de cette consultation, M. Carré, tout en émettant l'avis que la commission rogatoire peut être adressée à un tribunal étranger, estime néanmoins que ce tribunal peut la refuser. La Cour de Bruxelles, que cette dernière considération a frappée, en a tiré la conséquence que la commission rogatoire ne devait jamais avoir lieu en pareil cas. Voici le texte de son arrêt, du 18 octobre 1826 (*J.* de cette Cour, t. 1 de 1827, p. 18), où elle décide aussi que les peines portées par le Code de procédure contre le témoin défaillant ne sont jamais applicables au témoin étranger.

« Attendu que les art. 263 et suivants du Cod. de proc. civ., qui ont pour objet de condamner à l'amende et de réassigner à leurs frais les témoins défaillants, afin de les contraindre ultérieurement, par d'autres voies de rigueur, à venir déposer en justice, ne sont aucunement applicables à des témoins étrangers domiciliés hors du royaume, qui peuvent impunément refuser d'obéir à la réquisition d'un juge qui leur est étranger, et à l'égard desquels, s'ils ne comparaissent pas volontairement, toutes mesures de contrainte qui pourraient être prononcées par la Cour, seraient sans force, et non susceptibles d'exécution.—D'où suit que la demande formée par l'appelante, en ce qu'elle tend à faire prononcer une amende contre des témoins étrangers, domiciliés à Paris, défaillants sur l'assignation qui leur avait été donnée, et à obtenir un nouveau jour pour les faire réassigner à leurs frais, ne peut lui être accordée.—En ce qui concerne la demande des lettres rogatoires sur le tribunal de Paris, aux fins que ce tribunal soit invité par la Cour à recevoir les dépositions des témoins domiciliés à Paris.—Attendu que ces sortes de lettres ou commissions rogatoires ne sont point en usage à l'égard d'un juge étranger, mais seulement à l'égard d'une autorité judiciaire établie dans le même royaume, et exerçant sa juridiction dans un autre ressort.—Qu'en effet les différentes autorités judiciaires, dans le même royaume, rendant la justice au nom du souverain, dans les ressorts qu'il leur a respectivement assignés, le juge auquel les lettres rogatoires sont adressées par un juge d'un autre ressort, avec prière de mettre à exécution quelque ordonnance de justice, ou d'informer de quelque fait, ne peut se dispenser de faire droit à une demande semblable, qui, quoique sous la forme d'une invitation, doit cependant être censée faite au nom du souverain commun, et pour le plus grand bien de l'administration de la justice dans le royaume en général; tandis qu'à moins de conventions diplomatiques ou de traités particuliers de nation à nation, à cet égard, un juge étranger et rendant la justice au nom de son souverain, n'est aucunement tenu de déférer à une pareille réquisition, et pourrait s'y refuser si elle lui était adressée, etc. »

Parce que le tribunal étranger pourra refuser la commission, est-ce un motif pour qu'elle ne puisse lui être adressée? Nous ne voyons pas clairement la liaison de ces idées. N'est-il pas naturel, au contraire, de tenter au moins cette voie de découvrir la vérité? Et que peut-il y avoir d'irrégulier dans cette tentative? Dira-t-on que, les formes de la loi française n'étant pas observées dans cette enquête, elle ne peut mériter la confiance des juges Français? Mais, les actes de l'état civil, les titres authentiques passés en pays étranger sont tous les jours accueillis parmi nous comme ayant force probante, quoique

revêtus des formes étrangères, en vertu de la maxime de droit des gens, *locus regit actum*, et parce que l'autorité publique, en quelque lieu qu'elle soit établie, imprime toujours aux actes auxquels elle préside le sceau de l'authenticité.

Il n'y aurait aucune difficulté, si la commission eût été adressée, en pays étranger, à un consul français; une autorité française ne peut jamais refuser son concours aux juges de sa nation. Mais il faut convenir aussi que le consul n'aurait aucun pouvoir pour faire comparaître devant lui les témoins étrangers qui refuseraient de se présenter.

Nous adoptons par conséquent le système de M. Carré, qui nous paraît avoir répondu à toutes les difficultés dont il serait susceptible.

Quant au second point dont s'occupe la consultation de ce savant jurisconsulte, il nous semble beaucoup moins bien établi que le précédent.

N'est-il pas certain que, lorsque la loi a accordé la faculté de demander une prorogation, c'est pour qu'on ait le temps de suppléer, par de nouveaux témoignages, à ce que présentent de défectueux ou d'insuffisant ceux sur lesquels on avait d'abord compté?

Et pourquoi, si les nouveaux témoins dont les circonstances ont fait reconnaître la nécessité, sont domiciliés à de grandes distances, priverait-on la partie du bénéfice de la commission rogatoire? Ne serait-ce pas rendre souvent illusoire la prorogation, et reprendre, pour ainsi dire, d'une main ce qu'on aurait donné de l'autre?]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 81, 82.

ART. 256. La preuve contraire sera de droit : la preuve du demandeur et la preuve contraire seront commencées et terminées dans les délais fixés par les articles suivants.

Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 1er.—[Notre Dict. géo. de proc., v° *Enquête*, n°s 32 à 39.—Arm. Dalloz, v° *Enquête*, n°s 58 à 64.—Locré, t. 21, p. 461 et 616.—QUESTIONS TRAITÉES : Le principe consacré par l'art. 256, que la preuve contraire est de droit, suppose-t-il que les faits qui seront l'objet de la contre-enquête, n'auront pas besoin d'être articulés, soit avant le jugement, soit après, ou que, dans le cas où la partie aura articulé ces faits, le tribunal sera obligé de les insérer dans le jugement? *Q.* 989. — De ce que les faits de la contre-enquête n'ont pas besoin d'être articulés dans un acte de conclusion ou énoncés dans le jugement, s'ensuit-il que le défendeur puisse faire la preuve de tous les faits quelconques, encore qu'ils n'eussent pas le caractère déterminé par l'art. 253? *Q.* 989 *bis*.—Qu'est-ce que l'art. 256 exprime par ces mots *faits contraires*? *Q.* 990.] (1)

CCXIV. Ordinairement, lorsqu'on admet la preuve testimoniale des faits articulés par une partie, c'est toujours sauf la preuve contraire que l'autre partie pourra faire de son côté; mais quand cette preuve contraire n'aurait pas été réservée par le jugement, elle n'en serait pas moins permise, attendu qu'elle est de droit dans tous les cas.

Si la partie contre laquelle est admise la preuve testimoniale veut user du droit qu'elle a de faire la preuve contraire, on procède à deux enquêtes séparées.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Celui contre lequel on demande à faire une enquête par commune renommée, est admissible à faire, par preuve contraire, une enquête ordinaire. (Bourges, 19 juin 1808; *J. Av.*, t. 11, p. 43.) **Supp.**, Q. 980 *bis*.

2° Les témoins qui ont déposé dans l'enquête peuvent néanmoins être entendus dans la contre-enquête; la loi ne s'y oppose pas. (Bordeaux, 20 juin 1837; *J. Av.*, t. 53, p. 482.)

3° Il peut être procédé à la contre-enquête quoique, au jour fixé à cet effet par le juge-commissaire, l'enquête directe ne soit pas encore terminée. (Bruxelles, 22 novemb. 1823; *J.* de cette Cour, 1824, t. 1, p. 385.)]

Les deux enquêtes étant soumises aux mêmes règles, doivent être commencées et terminées dans les mêmes délais.

Le jugement qui ordonne l'enquête est levé et signifié par la partie la plus diligente; cette signification a lieu par acte d'avoué à avoué, si le jugement est rendu contre une partie qui a constitué avoué, sinon elle est faite à personne ou domicile

989 *Le principe, consacré par l'art.* 256, *que la preuve contraire est de droit, suppose-t-il que les faits qui seront l'objet de la contre-enquête n'auront pas besoin d'être articulés, soit avant le jugement, soit après, ou que, dans le cas où la partie aura articulé ces faits, le tribunal sera obligé de les insérer dans le jugement ?*

Nous estimons que les faits ne doivent être articulés que par la partie qui se rend demanderesse en preuve, afin de justifier la demande principale qu'elle a formée ou ses défenses à une demande; circonstances qui peuvent amener deux enquêtes directes dans la même cause; mais les faits contraires que la partie défenderesse à chacune de ces enquêtes, aurait à opposer, ne doivent être nécessairement ni articulés à l'audience, ni énoncés dans le jugement, ni enfin articulés après ce jugement, pour être énoncés dans un second (1). Nous en donnerons nos raisons dans la note suivante, où nous discutons les opinions émises en sens opposé.

---

(1) On dit, pour la négative, que l'article 252 porte que les faits dont une partie demandera à faire preuve seront articulés succinctement; qu'il ne distingue point entre la partie qui aurait formé cette demande, et la partie adverse qui aurait à faire la preuve contraire; qu'il résulte de là que cette dernière ne peut être admise à faire procéder à une contre-enquête, si elle n'a pas articulé ses faits; qu'enfin, si l'art. 256 porte que *la preuve contraire est de droit*, c'est en ce sens seulement que la preuve offerte par la partie intéressée doit être reçue devant le juge-commissaire, encore bien que le jugement ne contînt aucune disposition à ce sujet, mais non pas en ce sens qu'elle serait dispensée d'articuler ses faits, sinon avant le jugement, du moins après, et par un acte signifié.

A l'appui de cette opinion, l'on cite, en premier lieu, l'art. 260, qui veut qu'il soit donné copie à chaque témoin du dispositif du jugement, en ce qui concerne les faits admis; et l'on en tire la conséquence que cet article deviendrait sans effet relativement aux témoins produits dans la contre-enquête, s'il n'y avait eu, avant le jugement, un articulement de faits que ce jugement contiendrait, ou au moins un acte postérieur, dont la signification tiendrait lieu de celle du jugement.

On argumente, en second lieu, de la disposition de l'art 1 du tit. 22 de l'ordonnance, et de ce que Serpillon dit sur cet article, p. 369, que le défendeur à une enquête est obligé d'articuler ses faits contraires dans une sommation ou dans une requête.

L'on produit enfin un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 frimaire an 14 (*J. Av.*, t. 21, p. 131), qui, par application du même article de l'ordonnance, rejette une contre-enquête, attendu que les faits n'avaient point été posés en première instance, et ne faisaient point partie de ceux sur lesquels le juge avait permis la preuve.

Les conséquences que l'on veut tirer de ces diverses autorités pour résoudre négativement la question ci-dessus posée, nous paraissent faussement déduites.

Nous ferons observer, avant tout, que l'art. 252 suppose évidemment une *demande* de l'une des parties, afin d'être admise à la preuve de faits dont elle aurait à argumenter à l'appui de ses prétentions. Il n'a aucun trait, selon nous, au cas où il ne s'agirait que de combattre par des faits contraires une preuve ainsi *demandée*. En un mot, comme chacune des parties peut *provoquer* dans son intérêt une enquête sur des faits dont elle entend argumenter, le législateur a voulu comprendre, dans l'art. 252, l'une et l'autre des parties, et il l'a fait par ces expressions, *les faits dont* UNE PARTIE *demandera à faire preuve seront articulés*. Or, quand il ne s'agit, de la part du défendeur à une enquête demandée ou ordonnée, que de prouver des

[[Outre les raisons développées par M. Carré dans la note, on peut ajouter que le Tarif ne parle d'aucun acte pour faire admettre les faits de la contre-enquête, ni pour la signification du jugement qui les admettrait; donc, cette procédure, qui ne pourrait être passée en taxe, est frustratoire.

Cette opinion est unanimement partagée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 497; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 345, n° 7; DALLOZ, t. 6, p. 846, n° 12; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 441, et BONCENNE, t. 4, p. 238.

Trois fois la Cour de Poitiers a été appelée à statuer sur la question, et trois fois elle a adopté une jurisprudence conforme, en décidant que les faits de la contre-enquête ne doivent pas être contestés, parce qu'ils n'ont pas besoin d'être articulés avant le jugement, et que la preuve en est de droit. Ces arrêts sont sous les dates des 25 janvier 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 47), et 26 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p 6). On peut y joindre un jugement du tribunal de la Seine, 18 novembre 1829 (*Gaz. des Trib.*, 5 février 1830).

Cependant, la Cour de cassation a jugé, le 11 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 212), qu'une Cour peut se refuser à une *contre-enquête*, en déclarant que les faits que l'on offre de prouver ne sont pas contraires à ceux que l'enquête a établis. Cet arrêt qui, au premier abord, semble contrarier la jurisprudence et la doctrine

---

faits contraires à ceux dont sa partie adverse doit faire preuve, ce défendeur n'a pas besoin de former lui-même une demande à ce sujet, puisque cette preuve est *de droit*, d'après l'article 255 : donc il n'a pas besoin d'articuler les faits contraires; ceux de son adversaire sont référés dans le jugement, et cela suffit pour indiquer l'objet des deux enquêtes.

Ce serait donc vainement que l'on opposerait l'article 260. Il recevra son application, relativement aux témoins qui devront être entendus dans la contre-enquête, en ce que la partie qui les assignera leur donnera copie du dispositif du jugement énonçant les faits à prouver par l'adversaire. Ces témoins seront suffisamment instruits du motif pour lequel ils seront appelés, puisqu'ils apprendront, par ce jugement même, ou par l'avis qui leur en sera donné dans l'assignation, qu'ils doivent comparaître, afin de déposer des faits contraires à ceux qui seront énoncés dans le dispositif du jugement.

Quand aux inductions tirées de l'article 1er du tit. 22 de l'ordonnance, de la remarque de Serpillon, et de l'arrêt de la Cour de Bruxelles, nous pourrions entrer ici dans une discussion d'après laquelle nous nous croirions autorisé à conclure que, même sous l'empire de l'ordonnance, on n'eût pas été rigoureusement fondé à décider autrement que nous venons de le faire.

Cette discussion nous entraînerait trop loin, et, par ce motif, nous nous bornerons à dire que la remarque de Serpillon n'avait guère pour objet que d'indiquer une chose qu'il était convenable et non rigoureusement prescrit de faire : c'est ce que prouveraient plusieurs arrêts qu'il cite; que c'est dans la même vue que M. Pigeau, dans son ancien *Traité*, p. 292, aux notes, disait, ce qu'il a supprimé dans l'édition accomodée à notre Code actuel, *que si la partie contre laquelle on alléguait un fait n'était pas obligé d'*EN ARTICULER UN CONTRAIRE, *néanmoins il était d'usage qu'elle le fit pour prouver d'autant la fausseté de ceux allégués contre elle.*

Nous dirons, enfin, qu'on ne pouvait exiger rigoureusement que les faits contraires à prouver par une partie fussent articulés, puisque l'on admettait autrefois (*V.* Rodier, sur le même article, *Quest.* 5) que le défendeur, qui avait laissé défaut sur l'appointement, pouvait, sans avoir besoin de se rendre opposant, faire la preuve des faits contraires à ceux énoncés dans cet appointement. N'était-ce pas évidemment reconnaître qu'il n'était pas absolument nécessaire que les faits fussent articulés?

Au reste, la partie qui a assisté à l'enquête faite par son adversaire, sans demander à faire la preuve contraire, et sans protestation à cet égard, est non recevable à faire, en cause d'appel, une contre-enquête : ce serait cumuler enquête sur enquête, et rendre les procès interminables. (Cass., 18 avril 1821; *S.*, t. 22, 1re part., p. 185, et *J. Av.*, t. 13, p. 142.)

[Jugé encore dans le même sens, implicitement et en appliquant la raison des contraires, par la même Cour, le 13 janvier 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 38).]

que nous venons de rappeler, ne leur paraîtra plus en opposition, si l'on considère que, dans l'espèce, l'enquête directe avait été faite devant le tribunal de première instance, que c'était à la Cour que l'on demandait la contre-enquête, et que ce n'était plus là réellement une contre-enquête, mais bien une nouvelle enquête.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n 424.

[[**989** bis. *De ce que les faits de la contre-enquête n'ont pas besoin d'être articulés dans un acte de conclusions, ni énoncés dans le jugement, s'ensuit-il que le défendeur puisse faire la preuve de tous les faits quelconques, encore qu'ils n'eussent pas le caractère déterminé par l'art.* 253?

Un exemple fera sentir la difficulté; j'ai été admis à prouver par témoins une dette de plus de 150 francs que je réclame contre vous, parce qu'à l'époque où vous l'avez contractée, je me trouvais dans l'un des cas d'exception prévus par les art. 1347 et 1348 du Code civil. La preuve de la libération de votre part pourra-t-elle être légalement admise quoique les cas d'exception ne vous soient pas applicables? Non, sans doute. les faits que vous avanceriez pour établir ce point seraient inadmissibles, et l'art. 256, en vous accordant de droit la preuve contraire, n'a prétendu le faire que dans les limites de l'art. 253; autrement, toute l'économie de la loi serait renversée; c'est aussi l'avis de M. BOITARD, t. 2, p. 179.

Ainsi donc, si des témoins ont été produits par vous sur de pareils faits, je pourrai, quand nous discuterons le résultat des enquêtes, faire rejeter leurs dépositions. Voilà pourquoi M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 497, conseille au défendeur, comme une mesure de prudence, quoiqu'elle ne soit pas exigée, de préciser d'avance les faits contraires et de les faire insérer dans le jugement, afin d'éviter les difficultés que l'adversaire voudrait élever plus tard sur leur admissibilité, et qui pourraient rendre inutile tout ou partie de ses frais et de ses démarches. Nous ne voyons pas pourquoi on ne regarderait pas cette procédure comme facultative; cependant, la Cour de Poitiers, par ses arrêts cités sur la *Quest.* 989 a refusé de l'admettre.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 425 et s

990. *Qu'est-ce que l'art.* 256 *exprime par ces mots :* FAITS CONTRAIRES?

Cet article n'entend point, sans doute, désigner uniquement des faits qui seraient absolument contraires à chacun de ceux qui auraient été articulés par le demandeur en enquête. Tout fait allégué par celui-ci doit être nécessairement un fait positif; or, si le défendeur ne pouvait produire dans sa contre-enquête que des faits absolument contraires, il se trouverait souvent réduit à des faits purement négatifs, dont on sait que la preuve est réputée impossible par la nature même des choses.

[[M. BONCENNE, t. 4, p. 238, réfute, avec beaucoup de précision, ce principe de M. Carré.]]

Il faut donc entendre l'art. 256 en ce sens qu'il autorise le défendeur à faire preuve de tous les faits qui, étant pris isolément, pourraient être contraires à ceux posés par le demandeur, parce qu'ils prouveraient indirectement la fausseté de ceux-ci, en établissant la preuve d'un fait affirmatif opposé, ou qui, considérés dans leur ensemble, offriraient la preuve ou du moins une présomption que les mêmes faits, posés par le demandeur, ne seraient pas vrais, ou qu'on ne devrait pas en conclure les conséquences qu'il prétend en tirer dans son intérêt. (*V.*, sur ce que l'on doit entendre par faits positifs et négatifs, RODIER sur l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonn., *Quest.* 2e; LANGE, *Nouv. Prat. franç.*, à la fin du chap. 29 du liv. 4, part. 1re, p. 58, n° 8, et les notes 13, 14, 15 et 16).

Nous examinerons, sur l'art. 273, si le juge-commissaire serait fondé à refuser d'entendre des témoins qui, dans une contre-enquête, déposeraient de faits qui ne lui paraîtraient pas *contraires* à ceux qui auraient été l'objet de l'enquête directe.

[[Il a été jugé, par la Cour de Bruxelles, le 5 juillet 1809 (*J. Av.*, t. 11, p. 70), que la faculté de prouver des faits de provocation est comprise dans l'admission générale à la preuve contraire. M. BONCENNE, t. 4, p. 238, donne, selon nous, l'explication la plus nette et la plus satisfaisante de ce qu'on doit entendre par faits contraires.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 425

ART. 257. Si l'enquête est faite au même lieu où le jugement a été rendu, ou dans la distance de trois myriamètres, elle sera commencée dans la huitaine du jour de la signification à avoué; si le jugement est rendu contre une partie qui n'avait point d'avoué, le délai courra du jour de la signification à personne ou domicile. Ces délais courent également contre celui qui a signifié le jugement : le tout à peine de nullité.

Si le jugement est susceptible d'opposition, le délai courra du jour de l'expiration des délais de l'opposition.

[Notre commentaire du Tarif, t. 1, p. 281, n° 11.]—Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 26.—Code de pr. art. 278, 292, 1033. *V. suprà*, art. 212, et *infrà*, art. 269 et 1037.—[Notre Dict. gén. de proc., vis *Enquête*, nos 24, 79, 101 à 103, 105 à 109, 111 à 128, 134, 141 à 143, 146 à 149, 151, 155, 167, 168, 178, 526, 527 et 558; *Signification*, n° 68.—Devillenève, v° *Enquête*, nos 13 à 32.—Arm. Dalloz *eod. verbo*, nos 65 à 89, 101 à 104.—Carré, *Comp.*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap. 6, art. 61, *Q.* 91; éd. in-8°, t. 2, p. 66.—Locré, t. 21, p. 461 et 616.—QUEST. TRAITÉES : Une enquête est-elle nulle pour avoir été commencée avant la signification du jugement qui l'ordonne? *Q.* 990 *bis*.—Lorsque le dernier jour de la huitaine est férié, peut-on procéder à cette opération le lendemain? *Q.* 990 *ter*.—Le délai de huitaine doit-il également courir du jour de la signification du jugement, lorsque celui-ci ne contient pas la nomination du juge-commissaire? *Q.* 990 *quater*.—L'appel du jugement qui admet la preuve testimoniale est-il suspensif? *Q.* 991.—Est-il des exceptions au principe que l'appel est suspensif de l'exécution du jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête? *Q.* 992.—La solution que vous venons de donner sur la précédente question s'appliquerait-elle à une partie qui interjetterait appel d'un jugement qui aurait refusé de l'admettre à faire une preuve par témoins? *Q.* 993.—De quel jour court le délai pour commencer l'enquête lorsqu'il a été interjeté appel du jugement qui aurait ordonné cette enquête? *Q.* 994.—Lorsque l'enquête a été commencée, mais suspendue par l'appel dirigé contre le jugement s'il intervient un arrêt confirmatif, est-il nécessaire de signifier cet arrêt? Si le jugement a rejeté la demande à fin d'enquête, et qu'il soit intervenu un arrêt infirmatif, à qui faut-il le signifier? Dans ces deux espèces, à quelle époque les poursuites doivent-elles être reprises? *Q.* 994 *bis*.— L'enquête directe et l'enquête contraire doivent-elles être commencées toutes les deux dans les délais fixés par l'art. 257? *Q.* 995.—Si l'enquête a été faite avant l'expiration des délais pour la commencer, la partie qui s'apercevrait de la nullité de cette enquête, pourrait-elle la recommencer devant le juge-commissaire ou demander au tribunal à y être autorisée? *Q.* 996.—Doit-on comprendre dans le délai accordé par la loi, pour recommencer l'enquête, le jour de la signification du jugement qui l'a ordonnée? *Q.* 997.—Est-il nécessaire de signifier le jugement qui ordonne une enquête en matière sommaire? *Q.* 998.—Quand le jugement qui ordonne l'enquête a été rendu, et que, durant le délai de huitaine pour la recommencer, le tribunal, sur la demande d'une partie, décerne commission rogatoire, peut-on opposer la fin de non-recevoir résultant de l'expiration du délai? *Q.* 999.—Si dans le cas où le juge n'a point fixé de délai pour faire l'enquête dans un lieu éloigné, la partie qui a obtenu le jugement avait fait son enquête dans le délai de huitaine, l'adversaire serait-il forclos du droit de faire sa contre-enquête? *Q.* 1000.—Mais supposons que le tribunal, après avoir accordé la commission, n'ait pas fixé le délai, peut-on opposer l'exception résultant de ce que l'enquête n'a pas encore été commencée dans celui qui a été fixé par le premier jugement? *Q.* 1001.—A quels jugements s'applique la disposition du § 1er, de l'article 257, d'après laquelle l'enquête doit être commencée dans la huitaine du jour de la signification à personne ou domicile lorsque le jugement est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué? *Q.* 1002.—Si le jugement est susceptible d'opposition et rendu faute de plaider, de quelle jour court le délai pour commencer l'enquête? *Q.* 1003.—L'enquête devra-t-elle aussi être commencée dans la quinzaine de la signification du jugement, s'il a été rendu par défaut, faute d'avoué? *Q.* 1004.—Si l'appel du jugement qui aurait ordonné l'enquête n'avait été interjeté qu'après la confection de cette enquête, l'appelant serait-il recevable à faire sa contre-enquête après l'arrêt confirmatif? *Q.* 1005 —Lorsque, dans une cause il y a un ou plusieurs appelés en garantie, le jugement qui ordonne l'enquête doit-il être signifié à tous ces appelés en garantie, et par qui doit-il être signifié? *Q.* 1005 *bis*.] (1).

Voy. *infrà*, p. 539, *Q.* 995 *bis*, p. 548, *Q.* 1005 *bis*, et p. 551, *Q.* 1005 *ter*.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le juge ne peut donner pour commencer l'enquête, un plus long délai que celui que fixe l'art. 257. (Cass., 13 nov. 1816 ; *S.*, t. 17, 1re part., p. 71 ; et *J. Av.*, t. 14, p. 122.)

2° En tout cas, le délai n'est suspendu

CCXV. La signification du jugement qui ordonne la preuve fait courir le délai de rigueur dans lequel doit être commencée l'enquête (1). Si le jugement est susceptible d'opposition, comme c'est une règle générale prescrite en l'art. 155 du Code, que les jugements par défaut ne peuvent être exécutés avant l'échéance de huitaine, à partir de leur signification, la loi, qui ne peut être en opposition avec elle-même, déclare qu'en ce cas le délai pour commencer l'enquête ne courra que du jour de l'expiration des délais de l'opposition (2). Supp. alph. Vo *Enquête*, n. 314 et s., 327, 328.

---

ni pendant la durée des vacances (Cass., 21 avril 1812, *S.*, t.12, 1er part., p.187); Rouen, 15 juin 1818; et Grenoble, 20 novembre 1812 (*J. Av.*, t. 11, p. 118), ni les jours de fête légale, ni pendant la durée des délais d'appel; il ne peut l'être pendant la durée de l'opposition, conformément au § 2 de l'art. 257. (Cass., 25 janv. 1820; *S.*, t. 20, 1re part., p. 207; et *J. Av.*, t. 11, p. 207; Nancy, 15 janv. 1813, *ibid.*; et Limoges, 17 juillet 1822, t. 24, p. 235.) C'est l'opinion de MM. Berriat-Saint-Prix, p. 288, not. 26; Favard de Langlade, t. 2, p. 350, n° 6; et Thomine Desmazures, t. 1, p. 448. (*V.* nos *Questions* 994, 1002 à 1005.)

3° Le jugement qui a fixé, pour la continuation d'une enquête, un délai plus long que ne le permet la loi, ne peut être réformé, si la partie qui l'a obtenu a commencé cette continuation avant l'expiration du délai légal. Poitiers, 22 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 422.)

4° Lorsqu'un jugement accorde à une partie le droit de faire enquête, et celui de demander une provision, cette partie peut, en signifiant le jugement, déclarer qu'elle n'entend, quant à présent, s'en servir que quant au chef qui concerne la provision, et elle peut, plus tard, le signifier une seconde fois pour faire courir le délai de l'enquête. (Metz, 20 juill. 1826; *J. Av.*, t. 37, p. 88.)

5° On peut alléguer comme force majeure empêchant la déchéance de la faculté de faire enquête, les circonstances suivantes : que les retards proviennent des magistrats, qui ont élevé des difficultés sur les pièces produites, et que le dossier s'est égaré au greffe. (Bourges, 10 avril 1826; *Journ.* de cette Cour, 1826, p. 274.)

6° La signification par extrait, d'un jugement ordonnant une enquête, suffit pour faire courir les délais dans lesquels on doit procéder à cette opération, pourvu que cet extrait contienne le dispositif du jugement, les faits à prouver et le nom du juge-commissaire. (Bruxelles, 6 avril 1831; *Journ.* de cette Cour, 1831-1-87.)

7° Lorsqu'un jugement rejette les moyens de faux proposés contre le testament fait à un individu, depuis tombé en faillite, et ayant avoué en cause, mais ordonne en même temps une enquête sur des faits de captation, il suffit, pour procéder à cette enquête, de signifier le jugement à l'avoué du légataire. (Angers, 19 juillet 1831; *S.*, 33-2-98.)

8° Le délai dans lequel doit être commencée l'enquête par commune renommée est le même que celui fixé pour les autres enquêtes. (Bourges, 2 juin 1824; *J. Av.*, t. 27, p. 238.)

9° En matière de vérification d'écriture, comme en tout autre, l'enquête doit commencer, à peine de nullité, dans la huitaine de la signification à avoué du jugement qui l'a ordonnée. (Cass., 8 mars 1816, t. 11, p. 154. *V.* notre distinction sous la *Quest.* 804 *quater*.)

10° En matière commerciale, la partie autorisée à faire une enquête, qui n'a pas comparu au jour indiqué, n'est pas forclose, et peut obtenir l'indication d'un nouveau jour, si l'adversaire ne l'avait pas mise en demeure par la signification du jugement. (Brux., 15 avril 1835; *Journ.* de cette Cour, 1835-2-155.)]

(1) Il importe beaucoup d'écarter des témoins toute influence de suggestion étrangère, toutes tentatives de subornation; et tel est le but de la précision des délais pour commencer et terminer les enquêtes. (Rapp. au corps lég.)

(2) Autrefois on n'était pas d'accord sur la question de savoir si la signification de l'appointement à informer devait faire courir le délai pour commencer l'enquête contre la partie même qui avait fait faire cette signification; mais le Code de procédure décide cette question, que l'ordonnance de 1667 laissait douteuse, et, maintenant, c'est une règle expresse que le délai dont il s'agit court également contre les deux parties, quoique l'appointement n'ait été signifié que par l'une d'elles.

Voilà pourquoi, lorsqu'il y a contre-enquête, les deux parties doivent à la fois, et

[[**990** bis. *Une enquête est-elle nulle pour avoir été commencée avant la signification du jugement qui l'ordonne ?*

L'art. 147 du Cod. de proc. exige que tout jugement rendu contre une partie ayant avoué soit signifié à cet avoué avant l'exécution; c'en est assez, ce nous semble, pour déterminer la solution affirmative de notre question ; mais on oppose à ce raisonnement bien simple, que la procédure en matière d'enquête est toute spéciale, qu'il ne faut pas lui appliquer des nullités étrangères au titre qui a traité cette matière, que l'art. 257 prononce bien la nullité d'une enquête commencée après l'expiration de la huitaine qui suit la signification, mais qu'il n'inflige pas la même peine à celle dont l'ouverture devancerait cette huitaine; que, si l'on enlevait au demandeur la faculté d'agir ainsi, on pourrait, dans certains cas, lorsque les défendeurs, par exemple, seraient domiciliés à de grandes distances l'un de l'autre, rendre impossible la confection de l'enquête dont l'ouverture ne saurait plus qu'être tardive, si elle n'était pas anticipée. Tels sont les motifs pour lesquels les cours d'Angers, le 19 juillet 1832 (*S.* 33-2-98), et de Besançon, 2 mars 1815 (*J. Av.*, t. 15, p. 392), ont cru devoir adopter la négative de notre question. Ils ne nous paraissent pas suffisans néanmoins pour détruire l'argument si naturel de l'art. 147. De ce que la procédure d'enquête est quelque chose de spécial, il ne s'ensuit pas, selon nous, que les règles générales de procédure ne doivent pas lui être appliquées, surtout lorsqu'elles ne contrarient point les règles particulières. Quant aux inconvénients possibles que l'on signale, ne sait-on pas qu'il est facile d'en trouver partout, lorsqu'on invente à plaisir des espèces bizarres qui, sans doute, ne se présenteront jamais.

Ce qu'il y a de certain, c'est que les dispositions de la loi relatives aux jugements et comprises au tit. 7 du liv. 2, sont applicables à toute espèce de jugements, lorsqu'une exception formelle n'y est pas apportée.

Aussi, de tels principes n'ont pas été méconnus par les Cours de Pau, Colmar, Bourges, Limoges, Poitiers, qui n'ont pas hésité à annuler l'enquête ouverte par l'ordonnance du juge-commissaire avant la signification du jugement qui l'autorisait. Leurs arrêts sont sous les dates suivantes : Pau, 11 déc. 1819 (*J. Av.*, t. 11, p. 168); Colmar, 29 août 1833 (*J.* de cette Cour, 1833, p. 226); Bourges, 14 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 38, p. 40); Limoges, 14 déc. 1826 (t. 35, p. 108); Poitiers, 12 févr. 1829 (t. 37, p. 183). Nous ne croyons pas possible de décliner l'autorité d'une jurisprudence si nombreuse et si bien assise, comme on pourra s'en convaincre en lisant les motifs de chacun de ces arrêts.

Par une raison analogue, il faudra décider que, si la signification a lieu dans la huitaine de la prononciation du jugement contradictoire, ou de la signification du jugement par défaut susceptible d'opposition, le délai pour commencer l'enquête sera suspendu jusqu'à l'expiration de cette huitaine, pendant laquelle, aux termes des art. 155 et 449, aucun acte d'exécution ne peut avoir lieu. Si le demandeur ne peut agir, la déchéance ne saurait courir contre lui. C'est ce qu'enseigne avec raison M. BOITARD, t. 2, p. 208 et 209.

Voy. une autre application de ces principes, sous la *Question* 1003.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 319.

---

dans les mêmes délais, faire leurs diligences.

Dans la nouvelle forme de procéder comme dans l'ancienne, le délai pour commencer l'enquête est fatal, c'est-à-dire que, si l'enquête n'est pas commencée dans le temps prescrit, elle est radicalement nulle : nous verrons dans la suite quel est l'effet de cette nullité

[[**990** ter. *Lorsque le dernier jour de la huitaine est férié, peut-on procéder à cette opération le lendemain?*

Nous ne le pensons pas, contrairement au sentiment de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 706. *Voy.* le développement de notre opinion, *Quest.* 651 *bis*, sous l'art. 157.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 344.

[[**990** quater. *Le délai de huitaine doit-il également courir du jour de la signification du jugement, lorsque celui-ci ne contient pas la nomination du juge-commissaire?*

Non, certainement; car le délai ne doit courir que contre ceux qui peuvent agir. Or, comme l'action consiste, dans ce cas, à prendre l'ordonnance du juge, il est hors de toute contestation que le délai ne commence point tant que le juge-commissaire n'a pas été nommé, ou même, en cas de nomination, lorsqu'il se démet ou qu'il se trouve empêché. Ce sera donc à compter de la notification du jugement qui réparera l'omission, que les délais de déchéance commenceront leur cours. C'est ce qui a été formellement jugé deux fois par la Cour de Bruxelles, les 26 février 1824 (*Journ.* de cette Cour, 1824.1.457), et 5 novembre 1832 (1832.1.89), et par la Cour de Paris, le 2 janvier 1815 (*J. Av.*, t. 11, p. 140.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 326.

[[**990** quinquiès. *La signification qui doit être faite à avoué du jugement de preuve doit-elle, pour faire courir le délai, être revêtue de la forme des exploits?*

Cette question doit trouver sa solution dans un principe général que nous avons établi sous le n° 282, auquel nous croyons devoir simplement renvoyer.]] **Supp. alph.**, V. *Enquête*, n. 330 et s.

991. *L'appel du jugement qui admet la preuve testimoniale est-il suspensif?*

Cette question était diversement résolue sous l'empire de l'ordonnance. Rodier, sur l'art. 2 du tit. 22, dit que, dans le ressort du Parlement de Toulouse, l'appel était considéré comme suspensif en tous les cas. Jousse, sur le même article, paraît donner la même décision. Serpillon dit, au contraire, p. 187, que c'est une erreur de croire que l'on ne peut procéder à une enquête, lorsqu'il y a appel du jugement qui l'a permise. Il rapporte plusieurs arrêts à l'appui de son opinion, et cite celle de Menelet, dans son *Traité de la Péremption*. Pothier était du même avis. (*V.* chap. 3, art. 4, § 2.)

La jurisprudence constante de Bretagne était conforme à ce que disent Serpillon et Pothier (*V. les Princ. de* DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 350, n° 86), et cela devait être, puisque la disposition finale de l'art. 2 du tit. 22 de l'ordonnance auquel correspond l'art. 257 du nouveau Code, voulait qu'il fût procédé à l'enquête, nonobstant *oppositions*, *appellations*, etc.

Mais nous remarquerons que l'art. 257 et les art. 278 et 279 du Code de procédure ne répètent pas cette disposition de l'ordonnance; on ne la trouve nulle part dans ce Code, ni dans les art. 451 et 452, qui parlent des jugements interlocutoires et de l'appel de ces jugements, ni dans l'art. 135, qui parle des cas où l'exécution provisoire des jugements peut être ordonnée. Or, le législateur a presque répété, mot pour mot, dans les art. 257, 278 et 279, l'art. 2 du tit. 22 de l'ordonnance, à l'exception de la dernière disposition de cet article. Ne doit-on pas en conclure que son intention a été que l'appel des jugements qui admettent la preuve testimoniale, et en général des jugements interlocutoires, fût suspensif?

Telle est aussi notre opinion et celle généralement admise par les auteurs qui ont écrit sur le Code de procédure ; du moins le silence de la plupart d'entre eux, sur la question que nous venons d'examiner, autorise-t-il à le croire. (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 289, note 27, n° 2, et la 994e *Quest.*)

Nous pouvons citer, à l'appui de l'opinion de M. Carré, celle de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 498; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 445; DALLOZ, t. 6, p. 851, n° 5, et BOITARD, t. 2, p. 189; tous ces auteurs décident que l'appel interjeté est suspensif, non-seulement du délai pour commencer l'enquête, mais encore de l'enquête elle-même, lorsqu'elle a été commencée avant l'appel, en sorte qu'elle doit à l'instant même être interrompue pour ne reprendre son cours qu'après signification de l'arrêt confirmatif. C'est ce qui a été jugé *in terminis* par un arrêt très bien motivé de la Cour de Poitiers, du 22 janvier 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 53), et par un autre de la Cour d'Orléans, du 29 novembre 1828, rapporté dans la *Gaz. des Trib.* du 5 décembre suivant; et enfin, par un troisième de la Cour de Rouen, du 30 mai 1817 (*S.* 17-2-421, et *J. Av.*, t. 11, p. 159.)

Mais c'est à tort que M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 445, cite, comme consacrant une doctrine contraire, l'arrêt de la Cour de cass. du 25 janvier 1820 (*J.Av.*, t.28, p.73). Cet arrêt n'a point résolu la question de savoir si le délai était suspendu par l'appel, mais bien cette autre, s'il l'est pendant le délai pour faire appel, quoique cet appel n'ait pas été relevé, et il s'est prononcé pour la négative, comme nous aurons occasion de le faire aussi nous-même, sous le n° 1005.

La question posée par M. Carré a été traitée par lui d'une manière plus approfondie dans la consultation suivante :

« Le conseil soussigné, consulté sur le mérite d'un jugement du tribunal civil de Mamers dont il a lu une copie, est d'avis que ce jugement est bien rendu, conformément aux vrais principes, et que l'appel qu'on en interjetterait ne serait pas admis. Suivant l'art. 257 du Cod. de pr. civ., l'enquête faite au lieu où le jugement a été rendu, ou dans la distance de trois myriamètres, doit être commencée dans la huitaine du jour de la signification à avoué, *à peine de nullité.*

« Le législateur n'a pas voulu qu'on pût éterniser les affaires. Voilà pourquoi il a déterminé un délai, assez court, pour commencer l'enquête, et l'on sait quels inconvénients nombreux pourraient naître de la faculté qui serait laissée à la partie, de commencer son enquête, quand elle le voudrait, ou dans un délai plus long, quoique déterminé, qui lui serait accordé pour l'édifier.

« Mais ce principe général ne doit-il pas souffrir quelques exceptions?

« On ne parvient à obtenir une enquête que par le moyen d'un jugement. Or, tout jugement est susceptible d'appel, à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas pour lesquels l'appel n'est pas recevable. Aucun article du Cod. civ. n'a placé le jugement d'obtention d'enquête dans l'un de ces cas, on peut donc en appeler. La loi devait aussi déterminer le délai de l'appel, c'est ce qu'elle a fait (art. 443 du C. de proc.). Deux espèces de jugement, ceux en matière de *récusation* et de *distribution par contribution*, n'ont point été compris dans cet article. Le délai dans lequel on doit en appeler est beaucoup plus restreint. Les jugements qui ont ordonné des enquêtes sont donc, pour l'appel, soumis aux dispositions de l'art. 443 du C. de proc. On a donc trois mois pour en appeler.

« Mais alors, dira-t-on, comment concilier l'art. 443, avec l'art. 257 du Code de proc.? Car si, suivant le premier de ces articles, on a trois mois pour appeler du jugement qui aura ordonné l'enquête, la disposition du deuxième, qui veut qu'*à peine de nullité* on procède dans la huitaine à l'enquête, deviendra nulle en quelque sorte, puisqu'il dépendra de la partie, qui aura contesté l'enquête d'en appeler, et qu'elle aura trois mois pour se pour-

voir. Cette objection ne semblerait pas fondée, ou du moins la considération de l'appel que l'une ou l'autre des parties peut former, ne devra point arrêter celle qui a obtenu l'enquête. Cette dernière dans tous les cas, devra procéder, conformément aux dispositions expresses de l'art. 257, à son enquête, dans la huitaine de la notification du jugement, *sauf à suspendre*, s'il y a appel; en effet, on ne peut raisonnablement supposer que le législateur ait entendu que, dès que l'une des parties a mis une opposition légale à ce que tel acte eût lieu, la partie qui l'a commencé doit le continuer à ses risques et périls. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 499, s'exprime en ces termes: « Lorsque l'enquête « est commencée et que l'appel suspensif est interjeté pendant sa durée, il « suspend jusqu'à la signification de l'arrêt confirmatif; ainsi, ce qui est échu « des délais avant l'appel reste échu, et ce qui reste à échoir ne prend son « cours que du moment de cette signification. Argument des art. 349, 447 et « 488. Ce n'est pas interruption mais suspension, ce qui est bien différent. »

« Pour remplir le vœu de la loi (art. 257), la partie poursuivante a dû seulement, dans la huitaine de la signification du jugement, se mettre en devoir de commencer son enquête, obtenir l'ordonnance du juge, etc.

« Elle a pu l'arrêter dès que l'appel lui a été connu; elle l'a même dû, puisque l'appel est suspensif; mais il suffit que le préliminaire d'enquête ait eu lieu dans la huitaine, pour mettre la partie qui l'a fait à l'abri de la déchéance prononcée par l'art. 257.

« Dans l'espèce dont il s'agit, l'enquête n'avait point été commencée dans la huitaine du jour de la signification du jugement; mais il faut observer que la dame Hédon-Lalande, à laquelle le jugement avait été signifié le 5 août, avait interjeté appel de ce jugement le 11 du même mois, c'est-à-dire cinq jours après cette notification; par conséquent, que la huitaine qui lui était accordée par l'art. 257 pour commencer l'enquête, non-seulement n'était pas expirée, mais même n'était pas achevée, qu'alors, si l'enquête eût été commencée, elle eût dû y surseoir; qu'ainsi, elle pouvait se dispenser de la commencer, dès qu'elle avait appelé avant l'expiration du délai dans lequel elle devait y procéder.

« Le jugement ayant été confirmé, et l'arrêt confirmatif ayant été notifié à son avoué de première instance le 13 avril, elle a pu valablement, le 20 du même mois, demander et obtenir l'ouverture de l'enquête, puisqu'elle y avait procédé dans la huitaine de la notification de l'arrêt confirmatif, que ce n'était qu'à cette époque véritablement qu'elle pouvait la commencer, d'après la marche qu'elle avait suivie dès le principe.

« Par la distinction que le soussigné a faite précédemment entre l'obligation de commencer l'enquête dans la huitaine, déterminée par l'art. 257, et celle d'appeler du jugement qui l'aurait ordonnée dans cette même huitaine, on peut aisément concilier son opinion avec l'arrêt de la Cour de cass. du 25 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 28, p. 73).

« Cet arrêt n'avait admis la nullité de l'enquête, sur laquelle la Cour aurait été appelée à statuer, que parce que l'appel du jugement qui l'avait ordonnée n'avait été relevé que douze jours après la signification, c'est-à-dire quatre jours après l'expiration de la huitaine, qu'alors *la fatalité du délai pour l'enquête était admise*, et que *la loi prononçait la nullité de celle qui a été faite postérieurement.*

« Tels sont les motifs qui ont déterminé la Cour suprême dans sa décision; mais il est facile de voir qu'ils ne sont point applicables à l'espèce actuelle. Au contraire, la dame Hédon-Lalande avait appelé dans le délai de huitaine qui lui était accordé, par conséquent elle n'avait point encouru la déchéance. Le jugement de Mamers, dont voici les motifs, est donc bien rendu :

« Considérant, sur les moyens de nullité, que le jugement d'appointement, prononcé le 4 juillet 1826 et signifié à l'avoué de la dame Lalande

le 25 août suivant, a été par elle frappé d'appel le 11 du même mois, que l'arrêt confirmatif, rendu par la Cour royale le 16 février 1827, signifié à l'avoué d'appel le 24 mars, ne l'a été à l'avoué de première instance que le 13 avril suivant, que la dame Hédon-Lalande a commencé son enquête le 20 du même mois.

« Considérant qu'aux termes de l'art. 257 du C. de proc. civ., si l'enquête est faite au même lieu où le jugement a été rendu, elle doit être commencée dans la huitaine du jour de la signification à avoué, à peine de nullité si le jugement est contradictoire, mais que, suivant les dispositions de l'art. 457 du même Code, l'appel des jugements interlocutoires, comme des jugements définitifs, est suspensif, si le jugement, comme dans l'espèce, ne prononce pas l'exécution provisoire; que si le Code ne contient aucune disposition qui règle quel délai restera pour faire l'enquête après la signification de l'arrêt confirmatif, lorsque l'appel a été interjeté après la signification du jugement de première instance à avoué, et a ainsi suspendu le délai que dans l'absence d'une disposition précise de la loi pour concilier l'application de ces deux articles, il faut recourir à la jurisprudence qui s'était établie sous l'ordonnance de 1667 à celle qui a suivi la promulgation du Code de procédure et à l'avis des commentateurs.

« Considérant que, sous le régime de l'ordonnance de 1667, Jousse atteste, dans son Commentaire sur l'art. 2 du tit. 22, qu'en cas d'appel du jugement d'appointement en preuve, le délai pour faire enquête ne court que du jour de la signification de l'arrêt confirmatif; que telle est la jurisprudence consacrée par plusieurs arrêts, que telle est aussi l'opinion de M. Pigeau, dans sa *Procédure civile*, liv. 2, part. 2, tit. 2, chap. 1er; de Pothier, dans son *Traité de procédure civile*, chap. 3, § 2, et des rédacteurs de la *Collection de décisions nouvelles;* de Dénisart, vo *Enquête*, no 12; qu'ainsi, la jurisprudence était constante et uniforme sur ce point avant le Code de procédure, et qu'il ne paraît pas qu'elle ait changé depuis; qu'elle est même plus conforme à l'état actuel de la législation, puisque, d'après l'ordonnance de 1667, l'enquête pouvait se faire nonobstant appellation, ce qui n'est plus possible; qu'en effet tel est encore l'avis de M. Carré dans ses *Lois de la Procédure*, nos 994 et 1653, que l'arrêt de cassation par lui cité, du 12 juin 1810, et quoique rendu dans une autre espèce, décide, en général, que les délais accordés par un jugement ne courent que de la signification de l'arrêt confirmatif; que celui de la Cour de Turin, du 4 décembre 1809, a jugé que le délai de faire enquête ne courait que du jour de la signification à l'avoué de première instance du désistement de l'appel; qu'un autre de la Cour de Trèves, du 16 décembre 1812, a jugé de même que le délai pour faire enquête ne courait que du jour de la signification de l'arrêt confirmatif à l'avoué de première instance; qu'aucun des arrêts ne dit qu'il fallait distraire du délai celui déjà écoulé entre la signification du jugement et l'acte d'appel, quoiqu'il ne soit pas supposable que les jugements eussent été frappés d'appel avant même d'avoir été signifiés à avoué; que les arrêts qui ont décidé que l'appel ne donnait pas un nouveau délai lorsque le premier était expiré, et la forclusion acquise, que tout ce qui avait été fait dans l'intervalle de la signification à l'appel subsistait et pouvait être continué valablement après l'arrêt confirmatif, ne contiennent aucunes dispositions qui fassent croire qu'on doive cumuler, pour le complément du délai de huitaine accordé par l'art. 257 du C. de procéd., les jours écoulés entre la signification et l'appel à ceux qui ont suivi la signification de l'arrêt.

« Considérant qu'il ne doit être prononcé de nullités que celles formellement prononcées par la loi, art. 1030 du C. de procéd.; que, s'il résulte de l'art. 257 que l'enquête doit être faite dans la huitaine de la signification à peine de nullité, ce délai doit être plein, entier et continu, que la partie qui veut interjeter

appel ne peut, dans le temps même qu'elle a employé à recueillir ses moyens et rédiger son acte d'appel, préparer l'exécution d'un jugement qu'elle espère faire anéantir, qu'elle ne peut même faire aucun acte d'exécution dans cet intervalle sans renoncer à son appel; que le but de la loi ne serait pas rempli, si, après la signification de l'arrêt confirmatif, la partie n'avait pas un délai de huitaine pour commencer son enquête, qu'il pourrait même arriver qu'elle fût dans l'impossibilité absolue de la commencer si, n'ayant appelé que le septième jour, on lui faisait signifier l'arrêt confirmatif la veille d'un jour férié; qu'ainsi, la dame Hédon-Lalande, ayant commencé son enquête le 20 avril, sept jours après la signification de l'arrêt à son avoué, l'a faite dans un temps utile. »]]

992. *Est-il des exceptions au principe que l'appel est suspensif de l'exécution du jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête?*

Nous trouvons deux exceptions à ce principe, l'une dans l'art. 135 du Code de procédure, l'autre établie par deux arrêts de la Cour d'appel de Nîmes, des 6 janvier et 29 mars 1808, et par un arrêt de la Cour de Rennes, du 21 décembre 1809 (*S.*, t. 14, 1re part., p. 424, et *J. Av.*, t. 11, p. 39) (1).

La première exception a lieu dans les cas où le tribunal, conformément à l'art. 135, a ordonné l'exécution provisoire.

La seconde exception, qui est celle résultant des trois arrêts que nous venons de citer, a lieu toutes les fois qu'il y aurait à craindre que la preuve ne vînt à dépérir, si l'on attendait, pour la faire, l'arrêt à intervenir sur l'appel. Tel serait, par exemple, le cas du premier de ces arrêts, où l'on avait à faire entendre des témoins très avancés en âge, sur un fait de possession immémoriale; tel serait encore celui dans lequel un témoin nécessaire aurait à faire un voyage de long cours, etc.

En ces cas nous ne doutons pas que l'enquête puisse être faite, mais après le jugement du tribunal qui le permet, et sous la condition que l'enquête demeurera close entre les mains du juge-commissaire, pour n'être délivrée à la partie qu'au moment où il lui sera permis d'en faire usage, c'est-à-dire lorsque les juges d'appel auront prononcé. (*V.* RODIER, sur l'art. 1 du tit. 22, *Quest.* 2e; *infrà* sur l'art. 458.)

[[Il existait, sous l'ancienne législation et avant l'ordonnance de 1667, une sorte d'enquête appelée examen *à futuro*, qui consistait à faire entendre, judiciairement, des témoins sur un fait quelconque, alors même qu'aucune instance n'était engagée à raison de ces faits, et seulement dans la prévision où elle le serait plus tard; on prenait cette précaution, pour que la preuve ne vînt pas à dépérir, par le décès ou l'éloignement de témoins importants. Tous les jurisconsultes s'étaient plaints des graves inconvénients qu'occasionnait une semblable procédure, et, sur les observations pressantes du président de

(1) En effet, si nous avons fait observer, sur la précédente question, que l'art. 135 ne parlait point de l'exécution nonobstant l'appel des jugements qui ordonneraient une enquête, ce n'est pas à dire que ces jugements ne puissent jamais être exécutés provisoirement. Nous avons seulement voulu remarquer que, parmi les cas où les juges peuvent ou doivent ordonner l'exécution provisoire, la loi n'a pas placé ces interlocutoires : de là suit qu'en général ils ne sont pas exécutoires, malgré l'appel, et qu'ils ne le deviennent qu'autant qu'ils ont été rendus dans une affaire qui admet l'exécution provisoire. En un mot, ce n'est pas parce qu'un jugement ordonnerait une enquête, que l'appel ne serait pas suspensif, c'est parce qu'il aurait été prononcé dans l'un des cas mentionnés en l'art. 135.

Lamoignon, l'ordonnance de 1667 en prononça l'abolition. Le Code de procédure actuel n'est pas aussi explicite sur ce point; mais les termes de l'art. 252 ne supposent-ils pas que l'enquête ne peut être demandée qu'incidemment à un procès principal? C'est ce que fait observer M. BOITARD, t. 2, p. 165. Cet auteur n'admet pas plus, sous la nouvelle législation que sous l'ordonnance de 1667, l'enquête *à futuro*.

Lorsqu'il y a appel du jugement, les parties sont remises devant la Cour en état primitif d'instance, et l'art. 457 ne permet pas au tribunal de première instance de s'occuper du procès dont il est complétement dessaisi.

Cependant, un jugement rendu par le tribunal de Soissons, le 25 janvier 1827, n'a pas hésité à ordonner une enquête de ce genre. Il s'agissait d'une séparation de corps dans laquelle ce tribunal n'avait pas admis la preuve offerte.— Appel avant qu'il n'y fût statué. La demanderesse apprend que l'un des témoins essentiels va s'absenter pour un voyage de long cours ; elle assigne le défendeur pour voir ordonner que ce témoin sera entendu pour faire servir éventuellement sa déposition au jugement du fond. Malgré l'opposition du défendeur, le tribunal considère que la simple raison naturelle veut qu'on prenne les précautions nécessaires pour empêcher la preuve de périr; que, si le Code de procédure suppose l'admission des faits avant l'audition des témoins, c'est que, comme toutes les lois, il ne dispose que pour les cas les plus fréquents; que, s'il résultait des abus des enquêtes *à futuro*, elles avaient aussi leurs avantages incontestables, et que même, sous l'ordonnance de 1667, qui avait voulu proscrire ces abus, on reconnaissait aux tribunaux le droit de décider, dans leur sagesse, s'il n'y avait pas lieu, pour les cas d'urgence, à autoriser ce moyen d'instruction. Par ces motifs le tribunal fait procéder à l'audition du témoin : son jugement a été recueilli par le *Spectateur des Tribunaux* du 20 mars 1827, n° 229. Nous ignorons s'il a été soumis à l'épreuve de l'appel (1).

On ne peut s'empêcher de trouver cette procédure au moins étrange, et nous doutons qu'elle obtînt facilement droit de bourgeoisie au palais. MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 499, et DALLOZ, t. 6, p. 852, n° 6, la condamnent également, comme tendant à faire revivre les abus que l'ordonnance de 1667 avait voulu proscrire. La Cour de Rennes, dont M. Carré avait cité l'arrêt, paraît avoir modifié son opinion (10 mars 1821 ; *J. Av.*, t. 11, p. 39).

Quant à l'autre cas d'exception indiqué par M. Carré, celui où le jugement a prononcé l'exécution provisoire, nous l'admettrons volontiers, avec la plupart des auteurs, et sous l'explication donnée par M. Carré dans sa note. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière d'entendre cette exécution provisoire.

Ainsi, M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 498, adopte la distinction de M. Carré, qui nous paraît fondée.

M. THOMINE DESMAZURES, au contraire, t. 1, p. 447, suppose qu'on peut ordonner l'exécution provisoire du jugement interlocutoire pour des motifs particuliers et complétement étrangers au plus ou moins de célérité que requiert le fond de la cause. Or, quand il vient à la recherche de ces motifs, il n'en peut assigner d'autre que la crainte du dépérissement de la preuve, c'est-à-dire qu'il retombe dans les enquêtes *à futuro* que nous ne croyons pas admissibles sous notre législation. Ce n'est pas ainsi, d'après nous, que l'on doit en-

---

(1) [En supposant même qu'une mesure ; un excès de pouvoir, parce qu'à la Cour provisoire de cette nature pût être ordonnée, | seule appartenait le droit de l'ordonner.] le tribunal de Soissons aurait encore commis

tendre la possibilité d'une exécution provisoire du jugement qui ordonne l'enquête. M. BONCENNE, t. 4, p. 259, adopte complétement l'opinion de M. Pigeau, *Comment.*, et il s'élève contre ces anciens usages dont on veut trop souvent obscurcir l'application de nos lois nouvelles. « *Voilà,* dit cet élégant auteur, *ces nuages lointains qu'on essaie de nous ramener, cette vieille poussière qu'on se plaît à secouer sur les préceptes d'une expérience consacrée, sur les textes vivants de la loi.* »]]

993. *La solution que nous venons de donner sur la précédente question s'appliquerait-elle à une partie qui interjettera appel d'un jugement qui aurait refusé de l'admettre à faire une preuve par témoins?*

RODIER, *ubi suprà,* pense que l'appelant demanderait en vain à faire sa preuve nonobstant l'appel; il en donne pour raison que, dans l'espèce de la précédente question, le jugement appelé avait admis à la preuve, et qu'il n'est conséquemment question que de l'exécution provisoire d'une décision qui fournit toujours une présomption en faveur de celui qui l'aurait obtenue; tandis que, dans l'espèce de la question actuelle, le jugement ayant rejeté la preuve, il faudrait, par provision, ordonner le contraire; ce que les règles de l'ordre judiciaire ne semblent pas permettre.

Ce que nous venons de dire prouve qu'il est des circonstances où l'on peut encore admettre les enquêtes d'examen *à futuro,* que l'art. 1, du titre 13 de l'ordonnance avait formellement abrogées, et que notre Code n'a point rétablies (1); mais nous croyons qu'on doit, en général, en borner l'usage au cas d'appel du jugement qui ordonne une enquête, et aux circonstances dont il a été question ci-dessus. On ne pourrait, en conséquence, ainsi que cela se pratiquait avant l'ordonnance, faire recevoir une preuve, soit avant d'intenter un procès, soit à une époque quelconque de l'instance à laquelle il ne serait pas encore intervenu de jugement qui admît la preuve, du moins s'il n'y avait pas certitude que cette preuve deviendrait impossible si elle n'avait pas lieu avant la demande ou le jugement dont nous venons de parler. (*V.* JOUSSE et RODIER sur l'art. 1 du tit. 13, et PIGEAU, t. 1, p. 7.) (2)

[[*Voy.*, à la question précédente, notre opinion sur les enquêtes d'examen *à futuro.*]]

994. *De quel jour court le délai pour commencer enquête, lorsqu'il a été interjeté appel du jugement qui aurait ordonné cette enquête?*

Les auteurs qui admettaient, sous l'empire de l'ordonnance, que l'appel était suspensif de l'enquête, s'accordaient à dire que le délai ne commençait qu'à partir de la signification de l'arrêt d'appel. Duparc-Poullain lui-même, qui considérait l'appointement comme exécutoire par provision, rapporte à ce sujet le sentiment de Jousse, et dit que c'était le sentiment commun (*V. Princ. de droit,* t. 9, p. 351, n° 87); mais ces auteurs ne disaient point si le délai prenait son cours à partir de la signification de l'arrêt d'appel, soit à la partie, soit à l'avoué qui avait occupé sur l'appel, soit à l'avoué de première instance.

---

(1) *Enquête d'examen futur.* On nommait ainsi autrefois une enquête sur des faits à l'égard desquels il était possible qu'il s'élevât dans la suite une instance, ou dont on craignait que les preuves ne dépérissent, soit parce que les témoins étaient fort âgés, soit pour d'autres causes. (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 285, not. 2.)

(2) La Cour de Nîmes a statué de cette manière, dans l'espèce de la question ci-dessus. (Arrêt du 6 janv. 1808; *Jurisp. sur la proc.*, t. 1, p. 388.)

Parmi les auteurs qui ont écrit sur le nouveau Code, ceux du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat* sont les seuls qui se soient formellement expliqués sur cette importante question, qui, d'ailleurs, a été décidée par arrêt de la Cour de Turin, du 4 décembre 1809 (*S.*, t. 14, 2e part., p. 251, et *J. Av.*, t. 11, p 75), qu'ils rapportent, t. 2, p. 127, et que l'on trouve aussi dans la *Bibliothèque du barreau*, 2e part., 1810, p. 181.

Cet arrêt décide que le délai pour faire enquête court, dans le cas où il y a eu désistement de l'appel, du jour de la signification du désistement à l'avoué de première instance, et de l'acceptation qui l'a suivie.

Les motifs que la Cour de Turin donne de cette décision offrent ceux de la solution qui doit être donnée dans le cas où il interviendrait arrêt confirmatif du jugement qui aurait ordonné l'enquête.

Ils sont fondés sur ce que l'appel du jugement en avait suspendu l'exécution; que ce jugement n'avait pu redevenir exécutoire, pour raison de l'enquête qu'il permettait que, par la signification à l'avoué *près le tribunal de première instance*, des actes de désistement de l'appel et d'acceptation de ce désistement; que, dans l'intérêt des parties, ces deux actes n'avaient pu avoir, par rapport à l'exécution du jugement qui ordonnait l'enquête, un effet différent *de celui d'un arrêt confirmatif, dont la signification* à l'avoué de première instance aurait été nécessaire pour faire courir le délai prescrit pour le commencement de l'enquête, puisque l'art. 147 du Code, en exigeant formellement la signification à avoué des jugements interlocutoires, tels que ceux qui ordonnent une enquête, a par là même indiqué que l'exécution de ces jugements tenait principalement au ministère des avoués, et que tout retard des parties ne peut leur préjudicier, tant que leurs défenseurs ministériels n'ont pas été mis en demeure de les exécuter.

On voit que cet arrêt décide expressément que ce n'est qu'à partir de la signification de l'arrêt confirmatif à l'avoué de première instance, que court le délai pour faire enquête, en vertu du jugement confirmé.

[[Nous adoptons pleinement l'opinion de M. Carré, qui nous semble parfaitement d'accord avec l'économie de la loi. Cependant, la doctrine opposée a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, du 15 janvier 1830 (*J. Av.*, t. 43, p. 545); mais cet arrêt, ne donnant aucun motif de sa décision, ne peut faire jurisprudence. Pour l'avis de M. Carré, nous avons un arrêt de la Cour de Trèves, du 16 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 111), et un de la Cour de Grenoble, du 22 janvier 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 378), et de plus, l'assentiment de MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 289, n° 27, et BONCENNE, t. 4, p. 256.

Tous décident que la signification faite entre avoués d'appel ne suffit pas pour faire courir le délai, et cela nous paraît incontestable, au moins dans le cas d'un arrêt confirmatif du jugement qui avait ordonné l'enquête : car, ainsi que le dit M. BONCENNE, *loco citato*, ce n'est pas la Cour qui a ordonné l'enquête, c'est le tribunal; la Cour n'a fait que mettre un appel au néant. C'est donc devant le tribunal que doit être poursuivie l'exécution de son jugement, l'avoué qui a mandat d'y représenter sa partie doit être prévenu de ses poursuites, et il ne peut l'être que par la signification de l'arrêt qui lui annonce que l'obstacle qui les avait interrompus n'existe plus désormais. Sans cela, le poursuivant pourrait procéder aux premières opérations, et, si elles avaient été commencées avant l'appel, les terminer sans que l'avoué de son adversaire fût mis à même d'y exercer sa surveillance, et de profiter de la portion de délai qui lui reste pour commencer sa contre-enquête

On dit vainement que la signification du jugement à l'avoué n'est pas une prescription directe et spéciale de l'art. 257, qu'elle dérive bien plutôt de l'article 147, dont l'autre ne fait que rappeler la disposition; que dès lors, la pre-

mière signification qui avait été faite du jugement avant l'appel remplissant suffisamment le vœu de l'art. 147, on ne saurait trouver au titre des enquêtes aucune disposition formelle ou implicite qui en exige une seconde.

Cette disposition, au moins implicite, nous la trouvons dans l'esprit général de la loi, qui veut que le représentant légal de la partie devant le tribunal où l'enquête se poursuit, soit le premier averti de la position des choses, afin de surveiller les intérêts de son client. Or, cet esprit ressort suffisamment de l'article 261, qui ordonne de remettre l'assignation à partie, pour être présente à l'enquête, au domicile de son avoué. D'ailleurs, la brièveté des délais exige que tout se fasse par le ministère des avoués, le domicile des parties pouvant être trop éloigné pour que l'assignation qui leur serait personnellement remise les mît à même de protéger efficacement leurs intérêts.

Ainsi, la disposition de l'art. 257 sera, si l'on veut, *quid diversum* avec celle de l'art. 147; mais l'une et l'autre devront être accomplies. Lorsqu'elles ne pourront l'être concurremment par le même acte, on satisfera au vœu de celui-ci en notifiant l'arrêt à l'avoué d'appel et à la partie, ce qui est toujours nécessaire, comme l'a jugé la Cour de Paris, le 18 juin 1835 (*J. Av.*, t. 25, p. 394); au vœu de l'autre, en le faisant connaître à l'avoué de première instance.

Nous devons avouer que ce système est fortement contrarié par un arrêt de la Cour de cassation, du 30 juillet 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 327), qui décide que l'arrêt confirmatif d'un jugement par défaut, faute de constituer avoué, qui ordonne une enquête n'a pas besoin, pour faire courir les délais, d'être signifié à l'avoué de première instance, constitué pendant l'instance sur l'appel, si toutefois le jugement de défaut avait été précédemment notifié au domicile de la partie. Cet arrêt embrasse le système que nous venons de combattre, mais ne répond rien aux objections que nous avons exposées. Il existait d'ailleurs, dans la cause, une circonstance particulière qui devait faire rejeter la nullité, c'est qu'elle n'avait été proposée que tardivement. (*V.*, au surplus, les *Questions* 991, 994 *bis*, et 1005).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 351 et s.

[[**994** bis. *Lorsque l'enquête a été commencée mais suspendue par l'appel dirigé contre le jugement qui l'ordonnait, s'il intervient arrêt confirmatif, est-il besoin, avant de reprendre l'enquête, de signifier cet arrêt à l'avoué de première instance? — Si le jugement avait rejeté la demande à fin d'enquête, et qu'il fût intervenu arrêt infirmatif, à qui faudrait-il le signifier avant de présenter requête au juge-commissaire? — Dans les deux espèces ci-dessus, à quelle époque les poursuites à fin d'enquête devraient-elles être reprises?*

La première de ces questions a été résolue par M. Carré, dans la consultation inédite que nous allons rapporter :

« La signification d'un jugement contradictoire du tribunal de première instance de Nontron, qui permettait à Gabrielle Laporte de prouver par témoins sa filiation et sa possession d'état de petite-nièce de Marguerite Royan, a eu lieu le 28 février 1828. Le 1er mars suivant, le juge-commisaire, requis de fixer jour pour commencer l'enquête, rendit une ordonnance de permis d'assigner pour le 20 du même mois. Mais trois jours avant celui que le commissaire avait fixé, il y eut appel de l'interlocutoire de la part de quelques-uns des défendeurs. Cependant, on n'en continua pas moins l'enquête contradictoirement avec les parties qui n'avaient point appelé, et le procès-verbal en fut rédigé les 20 et 21 mars. Le jugement fut confirmé en appel et l'arrêt notifié, tant à l'avoué de la Cour royale qu'à domicile. Dans cet état de choses, les intimés se sont mis en mesure de reprendre l'enquête contre les appelants; mais ceux-ci, qui avaient laissé défaut lors du nouveau jour fixé par une nouvelle ordonnance, demandent aujourd'hui la nullité de l'enquête, par application des

art. 256, 257 et 259, Code pr. c. Ils prétendent que la requête, pour faire fixer le jour de l'enquête, n'aurait dû être présentée qu'après la signification de l'arrêt de la Cour à l'avoué de première instance, et non après la notification de cet arrêt à domicile, que l'enquête se trouvait ainsi commencée trop tôt et entachée du même vice que si elle eût été commencée trop tard.

« Telle est, dans toute sa force, l'objection que l'on oppose pour demander la nullité de l'enquête ordonnée par le jugement du tribunal civil de Nontron.

« Le conseil estime que ce système ne peut provenir que d'une confusion des faits.

« En effet, on a mal à propos considéré l'enquête comme n'ayant été commencée que depuis l'arrêt de la Cour.

« Aux termes de l'art. 259, l'enquête est censée commencée par l'ordonnance obtenue du juge-commissaire.

« Or, dans l'espèce, l'ordonnance du juge-commissaire avait été rendue quand l'appel est survenu. Cet appel étant suspensif (art. 457) devait nécessairement arrêter toutes les poursuites qui avaient eu lieu ; mais il ne pouvait les détruire, les annihiler. Tant que cet appel n'avait pas eu lieu, susceptible à la vérité d'être attaqué par cette voie, il n'en conservait pas moins toute sa force ; il n'était pas interdit à celui qui l'avait obtenu d'en poursuivre l'exécution. (*V.* la *Quest.* 1005.) Or, cette exécution ne pouvait consister que dans la confection de l'enquête.

« L'appel interjeté dans le cours de cette instruction ne pouvait donc, on le répète, qu'en suspendre la continuation, l'arrêter dans sa marche, mais non pas annuler ce qui avait été fait jusqu'alors; ainsi donc ce qui était échu des délais avant l'appel demeurait dans l'état. C'est à ce point que, si un appel n'était formalisé qu'après la confection de l'enquête, et que le jugement fût confirmé, l'appelant ne serait plus recevable à faire lui-même sa contre-enquête. (*V.* aussi la *Quest.* 1005.)

« A la vérité, dans nos lois de la prodédure, *Quest.* 994, conformément à un arrêt de la Cour de Turin, de 4 décembre 1809, nous avons dit que, s'il y a eu appel du jugement qui a ordonné l'enquête, les délais doivent commencer à courir du jour de la notification de l'arrêt à l'avoué de première instance. Cette opinion ne contrarie en rien celle que nous énonçons ici : dans la question rappelée des lois de la procédure, nous n'avons pas prévu le cas où l'enquête avait été *commencée avant l'appel;* nous avons supposé, au contraire, celui où l'appel aurait été relevé *avant tout commencement d'enquête.* Ainsi, l'avis émis dans cette consultation se concilie parfaitement avec la solution donnée à la 994e *Question*..... » (*Le reste de la consultation manque.*)

Cette conciliation ne nous paraît pas démontrée. Nous croyons que le cas actuel devrait être traité comme celui dont s'occupe la *Quest.* 994 : nous ne voyons pas ce que peut apporter de dissemblance, dans les deux hypothèses, la circonstance que l'enquête aurait ou n'aurait pas été commencée avant l'appel.

Car si la nécessité de la signification ne dérive que de l'art. 147, celle du jugement qui a eu lieu avant l'appel suffit, l'enquête n'étant pas commencée pour accomplir la prescription de cet article, de même qu'elle suffirait si l'enquête était commencée. Si, au contraire, elle a pour but de fixer le point de départ du délai ou le point où il recommence à courir, et d'en avertir toutes les parties, il n'y a pas non plus de distinction à faire : ces deux nécessités se font également sentir dans l'un comme dans l'autre cas.

Ainsi, le raisonnement que nous faisons, sous la 994e *Question* trouve encore ici son application, et, à plus forte raison, puisqu'une partie du délai s'étant déjà écoulée, il devient plus important d'utiliser ce qui en reste.

La Cour de cassation, le 17 décembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 395), s'est ainsi exprimée, « quoique l'art. 257, Code pr. c., n'ait pour objet immédiat et positif que le cas où il s'agit de commencer l'enquête, il s'applique néanmoins, par analogie, à celui où il est question de reprendre une enquête valablement commencée avant l'appel, en vertu d'un jugement confirmé sur l'appel. » Il est vrai que cet arrêt valide une enquête dont la continuation avait été reprise, par la requête au juge-commissaire, avant la signification de l'arrêt à l'avoué de première instance; mais il se fonde sur ce que cette signification avait eu lieu avant l'audition des témoins. Il reconnaît donc qu'elle est nécessaire au moins avant cette audition.

Si l'arrêt est infirmatif du jugement dont était appel, et qu'il ordonne une enquête, de deux choses l'une, ou la Cour retiendra l'exécution, et alors il n'y a plus de question, ou elle la renverra devant un autre tribunal, et ici reviennent tous les motifs déjà exposés pour la nécessité de la signification de cet arrêt à l'avoué qui sera constitué devant ce tribunal.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 355.

995. *L'enquête directe et l'enquête contraire doivent-elles être commencées toutes les deux dans les délais fixés par l'art. 257?*

Il est nécessaire de remarquer, sur cette question, que l'art. 256 porte que la preuve du demandeur et la preuve contraire seront commencées et terminées dans les délais fixés par les articles suivants.

Ainsi, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 201, on ne peut plus attendre, comme autrefois, que l'enquête soit faite, pour procéder à la contraire-enquête; ce sont deux procédures indépendantes, qui doivent être commencées et terminées l'une et l'autre dans le même délai, qui court pour toutes deux en même temps, suivant qu'il est dit aux art. 257, 258 et 278.

C'est donc à la partie qui entend faire procéder à une contraire-enquête, à prendre l'ordonnance du juge-commissaire dans les délais fixés par la loi, et qui sont les mêmes que ceux dans lesquels le demandeur doit lui-même prendre cette ordonnance. (*Voy.*, à l'égard des délais dans lesquels chacune des enquêtes doit être terminée, l'art. 278.)

[[En présence du texte de la loi, il est impossible de penser, sur cette question, autrement que M. Carré. Tous les auteurs enseignent que la signification faite par une partie, fait courir les délais contre toutes et contre elle-même; car la loi a voulu établir ici une exception à la règle que nul ne se forclot soi-même. C'est l'avis unanime de MM. PIGEAU, *Traité*, t. 1, p. 271; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 443; BOITARD, t. 2, p. 185 et 187; BONCENNE, t. 4, p. 250, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 347, n° 2. Ce dernier auteur cite, à l'appui, un arrêt de la Cour de cass., du 8 mars 1816 (*J. Av.*, t. 11, p. 154), qui décide que la signification du jugement qui ordonne une enquête fait courir les délais contre toutes les parties en cause; le garant, qui a pris fait et cause, ne peut pas se prévaloir de ce que ce n'est pas lui, mais bien le garanti qui a fait faire la signification. C'est, au reste, une observation que M. Carré avait déjà faite à la seconde note du n° CCXV. Enfin la Cour de Bruxelles a formellement décidé, le 11 décembre 1823 (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1824, p. 385) que la preuve contraire peut se faire avant que la preuve directe soit achevée, et simultanément avec elle.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 429 et s.

996. *Si l'enquête a été faite avant l'expiration des délais pour la commencer, la partie qui s'apercevrait de la nullité de cette enquête pourrait-elle la recommencer devant le juge-commissaire, ou demander au tribunal à y être autorisée?*

Nous ne le pensons pas, par la raison que, les délais ayant été anticipés vo-

lontairement par cette partie, elle s'est mise précisément dans le même état que si elle eût commencé son enquête à leur expiration. Or l'enquête, étant terminée, est acquise à la partie adverse, et il ne dépend plus de la première de la rendre insignifiante pour celle-ci. Il n'y a plus lieu qu'à l'application, suivant les circonstances, des dispositions des art. 292 et 293.

[[Une espèce analogue à celle que suppose cette question s'est présentée le 29 nov. 1828 (*Gaz. des Trib.*, 5 déc. 1828), devant la Cour d'Orléans, qui a adopté la solution de M. Carré. Une enquête ayant été commencée en vertu d'un jugement, la partie contre laquelle on procédait interjeta appel. Malgré cela, l'enquête fut continuée et parachevée, contrairement aux décisions que nous avons données sur la question 991. Craignant plus tard qu'elle ne fût arguée de nullité, la partie se désista de cette enquête, pour en recommencer une autre, sur l'arrêt confirmatif. Il fut jugé que l'enquête, une fois terminée, appartenait à toutes les parties; que le désistement de l'une, lorsqu'il n'était pas accepté par l'autre, ne pouvait avoir pour effet de l'annihiler; et que, par conséquent, cette enquête continuant à subsister, on ne pouvait être admis à en faire une autre; que la première, seule, pouvait figurer au procès, afin d'y être jugée sur son mérite, soit dans la forme soit au fond.

Une semblable déchéance nous semble bien sévère. Comment se fait-il que, tant que la partie se trouve dans le délai légal, elle ne puisse revenir sur les fausses démarches qu'elle a faites? Quel préjudice porterait-elle en cela à son adversaire? La procédure n'en serait pas allongée, puisqu'on a toujours pu se prévaloir de l'entier délai accordé par la loi. Au contraire, vous privez le poursuivant, dans l'espèce, du bénéfice de ce délai; et, parce qu'il a voulu entrer dans l'esprit de la loi, en ne profitant pas d'abord de toute la latitude qui lui appartenait, vous l'en punissez plus tard en lui refusant cette même latitude, devenue nécessaire pour réparer ses fautes. Cependant il est généralement reconnu que, toutes les fois qu'un acte doit être fait dans un tel délai à peine de déchéance, si l'on y laisse glisser une nullité, on peut la réparer en renouvelant le même acte, pourvu que le délai ne soit pas expiré. Par exemple, qui contestera que, mon acte d'appel fait dans le courant du troisième mois étant nul, je n'aie le droit de m'en désister et d'en signifier un autre jusqu'à la veille de l'expiration des trois mois? Il nous semble que le même système doit être appliqué à l'espèce qui nous occupe. Et c'est ce qu'a fait la Cour de Rouen, par un arrêt rendu *in terminis*, le 30 mai 1817 (*J. Av.*, t. 11, p. 159).

C'est par analogie des principes que nous émettons, que la Cour d'Orléans a jugé, le 25 janvier 1816 (*Col. Del.*, t. 1, p. 83), qu'une contre-enquête, faite après une première contre-enquête qui n'a été ni levée ni signifiée, est valable; car elle est faite en temps utile, si le jugement qui l'a ordonnée n'a pas fixé l'époque où elle devait avoir lieu.

Mais de ce que, d'après nous, on peut se désister d'une enquête entachée de nullité pour en commencer une autre, tant qu'on se trouve dans les délais, il ne faut pas en conclure que nous admettrions le désistement qu'une partie voudrait faire de la signification du jugement de preuve, à l'effet de proroger les délais; ce serait aller directement contre la disposition qui veut que les délais courent également contre celui qui fait et contre celui qui reçoit la signification, puisque le premier pourrait à son gré en prolonger la durée, tandis que l'autre n'aurait point cette faculté; aussi la Cour de Limoges n'a-t-elle eu aucun égard à un semblable désistement, dans son arrêt du 22 juin 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 201) Il faut consulter nos *Questions* 1011, 1094 *bis*, 1129 et 1130.]]

997. *Doit-on comprendre, dans le délai accordé par la loi pour commencer l'enquête, le jour de la signification du jugement qui l'a ordonné?*

Non, 1° parce que ce jour appartient tout entier à la partie qui fait signifier le jugement, puisque cette signification est une interpellation pour faire courir utilement le délai; 2° parce qu'on peut dire que ce même jour est exclu du délai par l'art. 257, puisqu'il veut que l'enquête soit commencée *dans la huitaine* DU jour de la signification du jugement. Or, ce mot DU, comme nous l'avons déjà dit, a la même signification que le mot *depuis* (*Voy.* arrêt de la Cour de Pau, du 6 déc. 1809, *J. Av.*, t. 11, p. 78); les *Quest.* traitées sur l'art. 443.

[[Cette opinion, que nous partageons, est adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 499; DALLOZ, t. 6, p. 849, n° 2, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 443.]]

998. *Est-il nécessaire de faire signifier le jugement qui ordonne une enquête en matière sommaire?*

Loin que cette formalité soit exigée, elle serait évidemment en opposition avec le but que la loi se propose; aussi est-elle virtuellement exclue par elle. En effet, l'art. 257 ne l'exige qu'afin de faire courir un délai qui n'a point lieu en matière sommaire, puisque le jugement fixe le jour de l'audition des témoins (art. 407); et, d'un autre côté, l'art. 413 ne la place point au nombre des formalités des enquêtes ordinaires dont cet article a prescrit l'observation dans les matières sommaires. (*V.* arrêt de la Cour de Turin, du 10 nov. 1807; *Jurisp. des Cours souver.*, t. 3, p. 318. Voy. Q. 990 *bis* et 1481 *bis*.

[[Cela nous paraît évident et se trouve d'ailleurs confirmé par un arrêt de la Cour de Riom, du 6 avril 1827 (*J. Av.*, t. 36, p. 269), qui décide qu'en matière sommaire, il n'y a aucun délai fatal pour commencer ou pour achever l'enquête, tout, à cet égard, étant abandonné à la sagesse du juge.]]

999 *Quand le jugement qui ordonne l'enquête a été rendu, et que, durant le délai de huitaine pour la commencer, le tribunal, sur la demande d'une partie, décerne commission rogatoire, peut-on opposer la fin de non-recevoir résultant de l'expiration du délai?*

Nous ne le pensons pas, attendu qu'aucune disposition du Code n'interdit à une partie la faculté de provoquer une commission rogatoire pour économiser les frais. On peut (*V.* nos *Quest.* sur l'art. 280) opposer qu'il faut demander la prorogation sur le procès-verbal; mais 1° il n'y a pas de nullité à le demander autrement; 2° il s'agit moins de prorogation de délai que d'en fixer un nouveau, conformément à l'art. 258, qui veut que le juge fixe le délai, quand l'enquête n'est pas faite dans le lieu où siége le tribunal, ou dans *la distance* fixée par l'art. 257.

[[Nous approuvons aussi cette décision.]]

1000. *Si, dans le cas où le juge n'a point fixé de délai pour faire l'enquête dans un lieu éloigné, la partie qui a obtenu le jugement avait fait son enquête dans le délai de huitaine, l'adversaire serait-il forclos du droit de faire sa contre-enquête.*

Il n'est pas douteux qu'il y aurait *forclusion*, dans le cas où l'enquête aurait été faite au lieu où siégerait le tribunal qui l'eût ordonnée (art. 257); mais lorsque l'enquête doit être faite dans un lieu éloigné, en vertu de commission rogatoire, et sans que le tribunal eût fixé de délai, conformément à l'art. 258,

il nous semble que la partie serait toujours en temps utile pour faire sa contre-enquête, nonobstant la confection de l'enquête directe de la partie adverse.

En effet, il ne peut exister de forclusion qu'à l'expiration d'un délai fatal. Or, aucun délai n'étant fixé dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, on ne peut, avec fondement, prétendre qu'il y ait ici matière à appliquer la disposition de l'art. 257, qui est exclusivement relative à une enquête faite sur les lieux.

S'il est possible d'élever quelques doutes sur cette opinion, ils ne peuvent provenir que d'une fausse interprétation de l'art. 278, en ce qu'on l'entendrait en ce sens que les deux enquêtes, c'est-à-dire celle du demandeur et celle du défendeur en preuve, devraient être simultanément parachevées dans la même huitaine, à partir de l'audition des premiers témoins qui auraient été entendus. Mais on verra ci-après, n° 1087, que cet article doit être appliqué dans un sens tout à fait contraire. (V. *infrà* sur l'art. 278)

[[C'est qu'en effet le délai de huitaine, pour parachever l'enquête, ne court, contre chaque partie, que du jour de l'audition de ses propres témoins. C'est l'avis de M. PIGEAU, *Traité*, t. 1, p. 279.]]

1001. *Mais supposons que le tribunal, après avoir accordé la commission, n'ait pas fixé le délai, peut-on opposer l'exception résultant de ce que l'enquête n'a pas été commencée dans celui qui a été fixé par le premier jugement?*

Non encore, car le jugement qui a décerné commission a rendu le premier comme non avenu. Or, comme l'a décidé un arrêt de Rennes, du 4 février 1809 (*J. Av.*, t. 11, p. 56), il n'y a pas de forclusion, si l'on n'a pas commencé l'enquête dans le délai ordinaire; c'est au tribunal à en indiquer un autre par acte séparé.

[[Jugé de même, et avec raison, par la Cour de cassation, le 28 février 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 286) que, lorsque dans le cas prévu par l'art. 258 du Code de procédure civile, l'enquête doit être faite à plus de trois myriamètres de distance, sans que le jugement ait fixé le délai dans lequel elle serait commencée, elle ne peut être déclarée nulle pour n'avoir pas été commencée dans celui de l'art. 257. M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 502, examine la question de savoir ce qui devra avoir lieu dans le cas où le tribunal aurait oublié de fixer un délai, et il pense qu'on doit s'adresser à ce tribunal par un simple acte, pour obtenir cette fixation comme difficulté sur l'exécution. Nous approuvons cette procédure qui est implicitement reconnue régulière par l'arrêt du 4 fév. 1809, cité par M. Carré, et consacrée encore par un autre arrêt rendu par la Cour de Bordeaux, le 13 juin 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 336). M. DALLOZ, t. 6, p. 855, n° 1), partage aussi cet avis.]]

1002. *A quels jugements s'applique la disposition du § 1er de l'art. 257, d'après laquelle l'enquête doit être commencée dans la huitaine du jour de la signification à personne ou domicile, lorsque le jugement est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué?*

Tout jugement contradictoire est nécessairement rendu contre une partie ayant avoué : la disposition dont il s'agit ne peut donc s'appliquer qu'à un jugement par défaut rendu faute de constitution d'avoué.

Mais, comme cette disposition exige que l'enquête soit commencée dans la huitaine de la signification du jugement, et comme, d'un autre côté, celle du § 2 du même article veut que, si le jugement est susceptible d'opposition, le délai coure du jour de l'expiration du délai, il y aurait contradiction entre

ces deux paragraphes, s'il n'existait pas de jugements par défaut non susceptibles d'opposition.

Or, on sait que, dans le cas prévu par l'art. 153, le jugement qui adjuge le profit du défaut précédemment joint au fond, n'est pas susceptible d'opposition; on sait aussi que, d'après l'art. 165, l'opposition n'est jamais reçue contre un jugement qui aurait débouté d'une première

C'est aux jugements par défaut rendus en ces deux cas, faute de constitution d'avoué, que s'applique la disposition du § 1er; c'est à tous autres jugements par défaut que se rapporte, au contraire, celle du § 2. De là suit qu'il n'y a aucune contradiction entre ces deux dispositions, puisque chacune statue sur un cas différent.

[[MM. DALLOZ, t. 6, p. 857, n° 2, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 349, BONCENNE, t. 4, p. 244, et COFFINIÈRES, *J. Av.*, t. 11, p. 169, citent les mêmes exemples. M. BOITARD, t. 2, p. 191 et 192, ajoute celui où, l'avoué du défendeur étant décédé après qu'il y a eu qualités posées, le jugement qui intervient, sans reprise d'instance puisque la cause est en état, est rendu contre une partie qui n'a plus d'avoué. (*V.* ce que nous avons dit *Quest.* 613 *bis*, sur les effets des qualités posées.)

1003. *Si le jugement est susceptible d'opposition, et rendu faute de plaider, de quel jour court le délai pour commencer l'enquête?*

Un tel jugement n'étant exécutoire qu'à l'expiration de la huitaine de sa signification, et lorsqu'il n'y a pas été formé d'opposition (*V.* art. 155 et 157), ce n'est que du jour de l'expiration de cette huitaine, sans opposition, que doit courir celle fixée pour commencer l'enquête; c'est-à-dire qu'à l'égard de pareils jugements, l'enquête doit être commencée dans la quinzaine de leur signification, s'il n'est aucun empêchement à leur exécution dans la première huitaine.

Il suit de là que, s'il est formé opposition dans le cours de la première huitaine, la cause est portée au tribunal, et le délai de huitaine pour commencer l'enquête ne courra que du jour de la signification du deuxième jugement qui, comme le premier, ordonnerait cette enquête.

[[Nous avons démontré, sous la *Quest.* 990 *bis*, par les inductions tirées de l'art. 147 et par l'autorité de plusieurs arrêts, que l'ouverture du procès-verbal, par l'ordonnance du juge-commissaire, est nulle lorsqu'elle est rendue dans la huitaine qui suit la signification du jugement de défaut. En d'autres termes, cette ordonnance est regardée comme un acte d'exécution, et l'on sait que, par l'art. 155, tous les actes d'exécution d'un tel jugement sont interdits pendant la huitaine de la signification à avoué, s'il y avait avoué en cause, à partie, s'il n'y en avait point. Cette opinion, qui paraît être adoptée par M. Carré, sous le n° suivant, et par M. COFFINIÈRES, *loc. cit.*, n'est point celle de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 500; en ce sens, que cet acte d'exécution ne lui paraît pas suffisant pour enlever au défaillant la faculté de l'opposition. Nous donnerons bientôt notre avis à ce sujet, sous le n° 1004; pour le moment, il suffit de faire observer que, si on l'adopte, il s'ensuivra cette conséquence, qui est comme une restriction ou une explication de la solution ci-dessus, que le délai, pour commencer l'enquête n'est pas précisément de quinzaine, ainsi que semblerait le dire M. Carré, puisqu'elle ne peut l'être qu'après les premiers huit jours; qu'il se trouve donc circonscrit entre le huitième et le quinzième jour qui suivent la signification.

C'est ce qu'a très bien expliqué un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 13 avril 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 586).]]

1004. *L'enquête devra-t-elle aussi être commencée dans la quinzaine de la signification du jugement, s'il a été rendu par défaut de constitution d'avoué?*

Cette question présente à concilier la disposition de l'art. 156, qui veut qu'un jugement par défaut soit exécuté *dans les six mois de son obtention*, celle de l'art. 158, qui déclare l'opposition recevable *jusqu'à l'exécution du jugement*, et enfin celle du § 2 de l'art. 257, aux termes duquel le délai de huitaine, pour commencer l'enquête, ne doit courir que du jour *où le délai de l'opposition est expiré*.

En cette circonstance, la partie qui a obtenu le jugement aurait à craindre qu'on ne lui opposât la prescription de six mois, si elle ne donnait pas de suite au jugement; d'un autre côté, elle aurait à craindre aussi qu'on ne déclarât son enquête prématurée, si elle la commençait avant que l'autre partie fût mise en devoir de se pourvoir en opposition contre le jugement (1).

---

(1) Comme cette opinion est loin d'être admise généralement, nous reproduirons ici la discussion à laquelle nous nous sommes livré, dans la 879e *Quest.* de notre *Analyse*, des opinions diverses des auteurs qui nous ont précédé.

M. Lepage, dans ses Questions, p. 195, tranche toute difficulté à ce sujet, en disant que la disposition du 2e § de l'art. 257 ne s'entend que du délai de huitaine donné par l'art. 157, pour former opposition aux jugements rendus par défaut faute de plaider, et non du délai donné par l'art. 158, relativement à ceux qui l'auraient été faute de constitution d'avoué.

D'après cette décision, l'on appliquerait à toute espèce de jugement par défaut la solution donnée sur la question précédente.

Les motifs de M. Lepage sont que l'article 157 contient, relativement au délai de l'opposition, une disposition qui fonde *le droit en général*, auquel l'art. 158 établit une sorte d'exception; que, d'ailleurs, la faculté de former opposition jusqu'à l'exécution du jugement ne doit s'appliquer qu'aux jugements définitifs, dont l'exécution attaque la propriété, quelquefois même la personne du défaillant, et non aux jugements interlocutoires, qui ne prononcent aucune condamnation, et qui, dans leur exécution, n'atteignent point celui qui ne se présente pas.

Mais cette opinion ne serait-elle pas hasardée? Peut-on bien considérer la disposition de l'art. 157 comme établissant un principe général, puisqu'elle est limitée au cas d'un jugement par défaut rendu faute de plaider? N'est-il pas évident, au contraire, que cette disposition et celle de l'art 158 sont absolument indépendantes, et statuent chacune pour un cas particulier? Peut-on dire, avec certitude, que l'art. 158 ne doit pas s'appliquer aux jugements qui ne sont pas susceptibles d'être exécutés sur les biens ou sur la personne du condamné, lorsque cet article ne fait aucune distinction?

Ces questions laissent dans notre esprit des doutes qui nous empêchent d'adopter l'opinion de M. Lepage.

Mais nous écarterons avec plus de confiance celle des auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 160, qui disent que les délais pour commencer l'enquête ne courent que du jour de la signification du jugement de *débouté d'opposition*. Cette assertion nous paraît en effet contraire au § 2 de l'art. 257, qui fait courir les délais de l'enquête à l'instant où celui de l'opposition est expiré. Et, d'ailleurs, ne dépendrait-il pas du défaillant de rendre inutile le jugement qui aurait ordonné l'enquête, en laissant passer, sans former son opposition, le délai de six mois à l'expiration duquel ce jugement serait considéré comme non avenu, aux termes de l'art. 156?

M. Coffinières, *J. Av.*, anc. éd., t. 3, p. 250, et M. Demiau-Crouzilhac, p. 202, nous paraissent indiquer, dans la circonstance qui nous occupe, la marche la plus sûre, en conseillant au demandeur de donner au jugement l'exécution dont il est susceptible; de provoquer, en conséquence, l'ouverture de l'enquête par l'obtention de l'ordonnance du juge-commissaire, et de signifier cette ordonnance au défendeur: dès lors, disent-ils, le jugement est réputé *exécuté*, le délai de l'opposition est expiré, puisque cette voie est irrévocablement fermée à la partie défaillante, et celui de l'enquête commence à courir

Ainsi, l'on parviendrait aux mêmes résultats que ceux qui dériveraient de l'opinion de M. Lepage, en ce que l'enquête pourrait être commencée, sinon avant (*V.* art. 155)

Toute l'objection contre la solution affirmative de la question consiste en ce que, le jugement par défaut faute de constitution d'avoué étant sujet à opposition jusqu'à l'exécution, et l'obtention de l'ordonnance du juge-commissaire n'étant pas acte d'exécution, cette ordonnance et tous les actes qui en seraient la suite deviennent nuls dès que l'opposition est formée.

Il nous semble difficile de prouver que le jugement par défaut qui ordonne l'enquête puisse être autrement exécuté que par l'obtention de l'ordonnance du juge commissaire, puisque aucun des actes d'exécution indiqués par l'art. 159 ne peut s'appliquer à ce jugement. On ne saurait d'ailleurs supposer avec justice que l'intention de la loi, qui bien certainement n'interdit point de commencer l'enquête dans la huitaine qui suit la signification du jugement par défaut, ait été d'exposer la partie qui use de cette faculté à perdre les frais d'actes dispendieux, qu'un adversaire de mauvaise foi ne manquerait pas de faire retomber sur elle, en formant son opposition au moment même où l'enquête serait sur le point d'être terminée.

[[La difficulté de coordonner les dispositions des art. 155, 158 et 257, § 2, vient de ce que, dans le cas d'un jugement par défaut sans avoué, la partie, d'après l'art. 158, peut faire opposition jusqu'à l'exécution; que, d'un autre côté, d'après l'art. 257, l'enquête ne peut avoir lieu qu'après l'expiration des délais de l'opposition. Or, l'exécution n'est pas autre chose que la confection de l'enquête; il s'ensuivrait donc, si on prenait les choses à la lettre, que l'opposition serait possible tant que l'enquête n'aurait pas eu lieu, et que l'enquête ne pourrait avoir lieu tant que l'opposition serait possible: cercle vicieux dont il est difficile de voir l'issue et dont sort M. BONCENNE, t. 4, p. 247 en disant : *ce serait trop absurde.*

Pour concilier cette apparente antinomie, chaque auteur a inventé un système, différent dans les détails, mais identique pour le résultat; c'est-à-dire qu'ils décident presque tous, comme M. Carré, que l'enquête devra et pourra être commencée dans la quinzaine de la signification.

Pour en venir là, M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 500 et 501, dit que l'art. 155 est général; qu'il suspend, à l'égard de tous les jugements par défaut, l'exécution pendant la huitaine, mais qu'il la permet après ce délai; qu'on pourra donc commencer l'enquête dans la huitaine suivante, quoique l'opposition n'ait pas été formée, sauf au défendeur à en arrêter la poursuite en notifiant son opposition. Cette explication ne nous paraît pas lever toute obscurité, puisqu'on

---

du moins dans la quinzaine de la signification du jugement; mais on pourrait aussi, ce que cet auteur n'admet pas, puisqu'il ne fait aucune différence entre les défauts faute de plaider et ceux prononcés faute de constituer avoué, la commencer à une époque postérieure. C'est ainsi que se trouveront conciliés, selon nous, les art. 156, 157 et 257.

Nous n'entrevoyons qu'une seule objection contre cette solution; c'est que l'obtention de l'ordonnance du juge-commissaire, et même la signification de cette ordonnance ne pourraient être considérées que comme des préliminaires, et non comme des actes d'exécution; qu'il en serait ici comme d'un *commandement*, qui, aux termes de l'article 159, ne suffirait pas pour faire considérer un jugement définitif comme exécuté, et qu'il suivrait de là que l'on commencerait l'enquête avant l'expiration des délais de l'opposition, puisque ces délais courent jusqu'à l'exécution.

Nous répondons à cette objection par les raisons développées sur la 663e *Quest.*, et nous disons, en conséquence, que si l'on ne veut considérer que comme un préliminaire d'exécution la signification de l'ordonnance du juge-commissaire, cet acte nous paraît suffire pour constituer le défaillant en demeure de s'opposer, et que, s'il ne le fait pas, et qu'il laisse commencer l'enquête sans former au moins son opposition sur le procès-verbal, le jugement est réputé exécuté contre lui, et il n'est plus recevable dans son opposition.

peut dire encore : Vous violez l'art. 257, en commençant l'enquête avant que les délais de l'opposition soient expirés. M. Pigeau serait mieux parvenu à son but, si à ce raisonnement il en avait joint un autre qu'il donne séparément un peu plus haut, c'est que, quand la loi dit qu'on devra commencer l'enquête dans la huitaine qui suit l'opposition, elle a voulu dire qu'on pourrait aller jusqu'au dernier jour de ce délai, mais qu'elle n'a pas défendu de la commencer auparavant, c'est-à-dire dans le temps qui s'écoule depuis le moment auquel l'art. 155 permet l'exécution, jusqu'à celui où l'opposition se déclare, ou devient irrecevable. Jusque-là le système nous paraît juste, quoiqu'il ne soit peut-être pas assez clair. Mais M. Pigeau ne l'applique qu'au demandeur, et ajoute que l'opposant ne sera pas tenu d'observer le même délai; que, pour lui, l'obligation de commencer la contre-enquête dans huitaine ne courra qu'à dater de son opposition, et sera ensuite suspendue jusqu'après le jugement de débouté. Ceci nous paraît en contradiction avec les art. 256 et 257, qui veulent que les deux enquêtes soient faites simultanément et dans les mêmes délais.

M. BOITARD, t. 2, p. 196 et suiv., est plus hardi ; il suppose qu'en rédigeant l'art. 257, le législateur avait oublié la distinction entre les jugements de défaut contre avoué et ceux qui sont rendus contre partie, distinction qui est au surplus de droit nouveau, quant à ce qui concerne les délais de l'opposition dans les deux cas ; qu'autrefois ces délais étaient les mêmes, huitaine après signification, et que, préoccupés de cette idée, les rédacteurs de l'art. 257 n'ont pas réfléchi à la différence nouvellement introduite ; d'où il faut conclure que, dans leur intention, ce n'est que le délai de quinzaine qui est accordé dans les deux cas.

M. BONCENNE, t. 4, p. 247, conséquent avec le système que nous avons combattu, *Quest.* 663, déclare que l'obtention de l'ordonnance constitue l'exécution suffisante. Il ne dissimule pas cependant l'obscurité de la loi, puisqu'il ajoute : « C'est une exception qu'il a fallu créer, parce que sa nécessité n'avait pas été prévue : *angustia prudentiæ humanæ casus omnes quos tempus reperit non potest capere*, a dit Bacon, et parce que le juge ne peut refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (1) : j'ai eu plus d'une fois occasion d'en faire la remarque. Ce n'est pas chose facile que de raccommoder les lois, de mêler de jeunes systèmes à l'économie des anciennes dispositions, d'animer de la même vie les âges divers de cet assemblage d'articles, de coordonner leurs rapports et de les faire fonctionner à l'unisson. L'Evangile conseille de ne pas coudre un morceau neuf à de vieux vêtements, et de ne pas verser du vin nouveau dans de vieilles outres : *Alioquin rumpuntur utres, et vinum* EFFUDITUR ET UTRES PEREUNT (2). »

Enfin, M. Thomine Desmazures nous semble avoir trouvé le nœud de la difficulté, en faisant cette observation bien simple, que par ces mots : *Délais de l'opposition*, l'art. 257 n'entend pas tout le temps pendant lequel l'opposition est recevable, mais seulement celui pendant lequel l'attente d'une opposition suspend l'exécution, aux termes de l'art. 155 ; d'où il suit que la huitaine, pour ouvrir l'enquête, commence à courir quand expirent les huit jours à dater de la signification pendant lesquels est suspendue l'exécution de tous les jugements par défaut, ainsi que nous l'avons dit sous le n° 990 *bis*, de la huitaine qui suit la prononciation des jugements contradictoires.

Mais la contre-enquête sera-t-elle soumise à la même déchéance, et la

---

(1) Code civil, art. 4.
(2) MATTH., cap. IX, 16 et 17.

partie qui conserve encore le droit d'attaquer le jugement par opposition a-t-elle irrévocablement perdu celui de l'exécuter à son profit, s'il vient à être confirmé? Cette question serait moins importante, si le premier acte de l'enquête, l'ordonnance du juge, était, comme le pense M. Carré, un acte d'exécution suffisant pour arrêter le délai de l'opposition. Car, dans cette hypothèse, le délai de l'enquête subsisterait encore, en tout ou en partie, au moment où expirerait celui de l'opposition. Mais cette opinion, sur le caractère d'exécution attribué à l'ordonnance du juge, ne nous semble pas fondée : nous en dirons nos raisons tout à l'heure ; ce n'est pas non plus l'avis de M. Pigeau.

Si donc cette ordonnance n'arrête pas le délai de l'opposition, il peut arriver que ce délai se prolonge encore après la huitaine. Le défaillant qui n'aura point fait ses premières démarches pour sa contre-enquête, conservera-t-il la faculté d'y procéder, par cela seul qu'il conserve le droit de former opposition au jugement? Nous n'hésitons pas à répondre négativement, et cela par une analogie prise de ce que l'on décide à l'égard de la partie qui a interjeté appel après la signification du jugement de preuve, sans avoir fait prendre l'ordonnance du juge (*V.* la *Quest.* 1005). Si, dans ce cas, la partie est déchue du droit de faire plus tard son enquête ou sa contre-enquête, quoiqu'elle ait encore, et pendant longtemps, celui de demander la réformation du jugement, pourquoi cette position serait-elle plus bizarre ou moins légale quand, au lieu d'un appel à un jugement contradictoire, il s'agit d'une opposition à un jugement de défaut?

Il n'est donc pas nécessaire, pour que le délai de l'enquête soit restreint, à l'égard du défaillant comme à l'égard du demandeur, entre le huitième et le quinzième jour de la signification, que la faculté de l'opposition s'évanouisse dans le même espace de temps; il ne faut pas non plus, pour coordonner notre système, que l'ordonnance du juge soit regardée comme un acte d'exécution suffisant pour mettre obstacle à cette même opposition.

Et en effet, nous ne croyons pas qu'il ait ce caractère. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 501, enseigne que l'exécution ne doit être censée complète qu'après l'achèvement de l'enquête, et que jusqu'à ce moment l'opposition est recevable. Nous ne serons pas aussi exigeant que M. Pigeau. Lorsque l'art. 159 énumère quelques-uns des actes d'exécution, il ajoute : Et enfin tous les actes dont il résulte nécessairement que la partie défaillante a eu connaissance de l'exécution. Or, l'obtention de l'ordonnance de juge, quoique ce soit un acte d'exécution dans le sens ordinaire du mot (*V.* la *Quest.* 990 *bis*), ne l'est pas dans l'acception particulière de l'art. 159, puisqu'il ne peut produire cet effet ; voilà pourquoi nous croyons devoir nous écarter, sur ce point, de l'opinion de M. Carré. Mais comment la partie acquerra-t-elle la connaissance dont parle l'art. 159? c'est bien certainement par la signification qui lui sera faite des noms des témoins pour se trouver à leur audition. C'est sur cet acte qu'elle devra au plus tard former son opposition, parce que c'est le premier qui porte l'exécution du jugement de défaut à sa connaissance. (*V.* notre *Quest.* 663, 3°, p. 105.)]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 335 et s.

1005. *Si l'appel du jugement qui aurait ordonné l'enquête n'avait été interjeté qu'après la confection de cette enquête, l'appelant serait-il recevable à faire sa contre-enquête, après l'arrêt confirmatif?*

Cette question est décidée affirmativement par Pothier, chap. 3, art. 4, § 2, et cela, dit-il, est indubitable; car l'appelant n'a pu, pendant l'appel, faire l'enquête contraire, puisque c'eût été renoncer à son appel que d'y procéder.

Cette décision ne peut plus être suivie, dès que l'art. 256 prescrit que l'enquête directe et l'enquête contraire seront faites dans les mêmes délais (*V.* 995e *Quest.*); ce serait donc vainement que l'on prétendrait que le délai, pour la

contre-enquête, ne commencerait à courir qu'à compter de l'expiration du délai pour interjeter appel, ou de la signification de l'arrêt confirmatif, si la partie avait appelé.

Il faut, par conséquent, pour que le droit de faire une contre-enquête soit conservé, que l'appel soit formé dans les délais prescrits par la loi pour la confection des enquêtes.

C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de Paris, du 23 mars 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 81). Cette Cour, en adoptant les motifs des premiers juges, a déclaré l'appelant déchu de la faculté de faire sa contre-enquête, « attendu que, s'il avait le droit d'interjeter appel du jugement qui avait admis la preuve, l'intimé avait pareillement le droit de faire procéder à son enquête, tant que l'appel n'avait point été interjeté; que l'enquête ayant été commencée par l'une des parties, l'autre devait faire sa contre-enquête dans le délai de la loi, ou *faire signifier* son appel; que, n'ayant fait ni l'un ni l'autre, elle ne pouvait plus être admise à faire sa contre-enquête. »

[[Sous le n° 991, nous avons examiné la question de savoir si l'appel était suspensif du délai accordé pour commencer l'enquête, et nous avons adopté l'affirmative. Mais, pour que l'appel suspende effectivement le délai, il est clair qu'il doit intervenir avant que le délai soit expiré. Comment suspendre l'écoulement d'une durée qui n'est déjà plus? Pour décider que l'appel, quoique tardif, peut produire cet effet, il faut admettre que ce n'est pas seulement l'appel, mais le délai de l'appel qui empêche de courir celui de l'enquête, comme la loi l'exprime formellement à l'égard du délai de l'opposition. (*V.* la *Quest.* 1004.) Or, il ne saurait en être ainsi, quoique la Cour de Paris, revenant sur sa jurisprudence de 1810, par ses arrêts des 15 janv. 1830 et 13 mars 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 545 et 547), ait jugé que l'appel relevait la partie qui avait laissé expirer le délai pour procéder à la contre-enquête de la déchéance qu'elle avait encourue, lorsqu'il avait été interjeté avant la clôture de l'enquête de son adversaire. Même avec cette distinction, nous ne pouvons adopter cette doctrine, qui contrarie trop directement les dispositions qui exigent la simultanéité des deux enquêtes et la simultanéité des délais. Nous croyons donc que le délai d'appel n'est point suspensif du délai d'enquête, et, par une conséquence forcée, que l'appel interjeté après les délais ne peut les faire revivre. Ce sont des principes formellement consacrés par les Cours d'Agen, 20 juillet 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 73); Rennes, 1er fév. 1821 (*Journ.* de cette Cour, t. 6, p. 41); Riom, 15 mars 1830 (*J. Av.*, t. 45, p. 435), et par la Cour de cassation, 25 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 28, p. 73) et 9 mars 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 337). C'est aussi l'opinion de MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 289, note 27; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 348, n° 3; DALLOZ, t. 6, p. 851, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 445 et 446, et BONCENNE, t. 4, p. 253. M. l'avocat général Laplagne-Barris professa la doctrine contraire devant la Cour de cassation, le 9 mars 1836. Nous avons rapporté son réquisitoire au *J. Av.*, t. 50, p. 340.]] Supp. alph., V° *Enquête*, n. 53 et s.

[[1095 bis. *Lorsque, dans une cause, il y a un ou plusieurs appelés en garantie, le jugement qui ordonne l'enquête doit-il être signifié à tous ces appelés en garantie, et par qui doit-il être signifié?*

Le Code donne à un défendeur le droit d'appeler un tiers à sa garantie (art. 176); connaissance est donnée au demandeur de cet appel en garantie par un simple acte (art. 179); les deux demandes sont jugées conjointement, quand elles sont en état d'être jugées en même temps (art. 184); de ces articles résulte la conséquence forcée qu'une fois mis en cause régulièrement, les appelés en garantie doivent recevoir signification de tous les actes de la procédure. La

jugement sera rendu tant contre eux que contre le défendeur principal; ils ont souvent un intérêt plus sérieux encore que le défendeur lui-même.

Ainsi, tant que les deux demandes marchent parallèlement et sont mutuellement en état, tout acte fait par le demandeur est censé dirigé contre tous les défendeurs, quelle que soit leur dénomination.

Le demandeur ne peut pas s'isoler en abandonnant au défendeur principal le soin de dénoncer la procédure au premier appelé en garantie, pour que successivement ait lieu une contre-dénonciation, etc., parce qu'alors les deux demandes cesseraient d'être conjointement en état, et que des délais, quelquefois de rigueur, seraient expirés pour le défendeur principal, et ne le seraient pas pour les divers appelés en garantie.

De ces principes, que nous ne croyons pas contestables, ressort naturellement la solution de la question posée: oui, le jugement qui ordonne l'enquête doit être signifié à tous les appelés en garantie. Oui, ils devront tous être assignés au jour déterminé par le juge-commissaire pour l'audition des témoins, et c'est au poursuivant de l'enquête à faire les diverses significations qui seules peuvent rendre la procédure régulière.

Le 5 août 1825, la Cour de Poitiers, en audience solennelle, contrairement à notre plaidoirie, a refusé d'appliquer ces principes, « Considérant que l'ap-
« pelant, avant d'exécuter l'arrêt interlocutoire qui l'admettait à la preuve des
« faits par lui articulés, avait fait signifier cet arrêt à l'avoué des défendeurs
« originaires, ses seuls adversaires dans la cause, puisque les appelés à leur
« garantie n'ont pas déclaré prendre leur fait et cause, et qu'ils n'ont pas de-
« mandé leur mise hors de cause; que, dans cet état de choses, l'appelant n'a
« pu et dû reconnaître pour ses seuls et véritables adversaires que les défen-
« deurs originaires, et qu'en faisant faire cette signification à leur avoué, il a
« suffisamment rempli le vœu de l'art. 147, Code proc. civ »

La Cour de Poitiers ne considère la cause comme commune à toutes les parties, que lorsqu'un garant prend le fait et cause du garanti, et que celui-ci a demandé sa mise hors de cause; elle méconnaît évidemment les dispositions constitutives de la procédure en garantie, qui permet au défendeur de subdiviser sa défense, et de la faire reposer tant sur sa tête que sur celle d'une troisième partie.

L'appelé en garantie doit être mis en position de récuser les témoins du demandeur principal, et de faire lui-même une contre-enquête.

Peut-il exister un seul acte de la procédure auquel on le laisse étranger, et la décision dont il n'aura pas pu combattre un des éléments pourrait-elle lui être opposée sans une injustice monstrueuse?

Lorsque le défendeur principal se décide à user de la faculté indiquée par la loi, qu'il a appelé un tiers à sa garantie, et que, conformément aux prescriptions de la même loi, il a notifié cet appel en garantie au demandeur principal, il peut n'avoir aucun intérêt à faire une contre-enquête ou à faire tomber celle du demandeur principal. Il connaît la solvabilité de son garant, il est assuré que ses conclusions contre lui seront accueillies. Le véritable intéressé est donc réellement, dans presque tous les cas, l'appelé en garantie; c'est le défendeur sérieux, quoiqu'il n'y ait eu ni prise de fait et cause, ni mise hors de cause.

Mais, objecte-t-on, c'est au défendeur principal à dénoncer à son garant, comme il l'a fait une première fois, les actes qui lui sont signifiés par le demandeur.

La loi ne le dit pas, et, lorsqu'une procédure est liée régulièrement, on ne trouve aucun article qui parle de ces singulières dénonciations et contre-dénonciations.

Il y a mieux : en matière d'enquête, si le demandeur a le droit de ne considérer pour son véritable adversaire que le défendeur principal, qu'arrivera-t-il?

Il fera signifier le jugement, obtiendra l'ordonnance du juge-commissaire et fera son enquête. Son enquête faite, il poursuivra l'audience, et comme les deux demandes, celle principale et celle en garantie, ne seront plus en état, en vertu de l'art. 184, il demandera la disjonction; évidemment l'économie de la loi sera méconnue, et ces deux procès connexes cesseront de l'être par la volonté seule du demandeur principal.

La demeure du défendeur et celle des appelés en garantie peuvent être différentes. Les distances ne sont plus les mêmes, et, tandis que le défendeur principal dénoncerait l'assignation à l'enquête, cette enquête serait achevée.

Et que deviendrait le droit de faire la contre-enquête, droit précieux surtout pour le véritable intéressé, l'appelé en garantie?

Est-il donc possible de laisser à une partie le choix de ses adversaires? Le demandeur principal pourra-t-il, selon son bon plaisir, assigner ou ne pas assigner toutes les parties en cause? La chose jugée n'est-elle pas complexe en ce sens qu'elle résulte d'une procédure commune, ayant produit un résultat commun?

Toutefois, pour le cas où on refuserait d'admettre notre doctrine, il faudrait au moins concéder au défendeur principal le droit de dénoncer l'assignation au garant, et d'arrêter, par un simple acte, l'enquête du demandeur aussi longtemps que le comporterait l'exigence des délais au respect du garant. Nous comprenons tout ce qu'a de bizarre et d'irrégulier cette procédure de dénonciation; mais nous ne pouvons, en aucun cas, adopter pour conséquence que, dans une instance liée légalement, il y ait un seul acte fait à l'insu d'une des parties.

Et, si le défendeur laissait l'enquête du demandeur se faire sans la dénoncer à son garant mis en cause, ce dernier pourrait lui opposer les termes et l'esprit de l'art. 1640 du Code civil. Pourquoi, lui dirait-il, ne m'avez-vous pas mis en position de reprocher les témoins du demandeur, de leur faire des interpellations, ou de faire entendre immédiatement d'autres témoins? Vous voulez qu'isolément je fasse une *contre-enquête*, quand il s'élève contre moi un préjugé, résultat de votre négligence? c'est me faire juger deux fois. Vous m'avez appelé en garantie, j'étais en cause, la procédure devait être régularisée avec moi. Vous ne l'avez pas voulu : je dois être relaxé de toutes conclusions prises contre moi.

Et qu'on veuille bien remarquer que ces conclusions seraient posées au moment même où, en présence de toutes les parties, le demandeur principal demanderait l'adjudication de ses conclusions.

Concluons donc qu'en matière d'enquête comme en toute autre voie d'instruction, une procédure n'est régularisée qu'autant que chacun de ses actes est notifié par le poursuivant à toutes les parties en cause.

Nos principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de Bourges, du 30 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 579). Voici le motif qui résume l'opinion de cette Cour :

« Considérant qu'ainsi, par une contravention toute reprochable au poursuivant, ont été entièrement bouleversés la sage économie de l'arrêt et le règlement des délais jugés nécessaires dans l'intérêt des parties nombreuses et disséminées au loin, d'où résulte, par une conséquence nécessaire, l'inhabileté formelle de Guillot, quand il a prématurément requis l'ouverture de l'enquête, et l'illégalité de cette opération; que l'enquête, nulle sous ce rapport, l'est indivisément pour toutes les parties adverses, parce que pour toutes, un

point unique et précis du départ des délais était fixé, *l'époque de la dernière signification;* que, pour toutes, l'enquête a donc irrégulièrement commencé et procédé. »]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 323.

ART. 258. Si l'enquête doit être faite à une plus grande distance, le jugement fixera le délai dans lequel elle sera commencée.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 281, n° 11] Ordonn. de 1667, art. 2. — Cod. de proc., art. 278, 1033, *infrà*, question 1060 — Notre Dictionnaire gén. de proc., v° *Enquête*, n°s 129 à 133, 135 à 141, 142, 143, 145.—Devilleneuve, *eod*, n° 12.—Armand Dalloz, *eod*, n°s 90 à 100 —Locré, t.21, p. 611. — QUESTIONS TRAITÉES : Le tribunal pourrait-il, dans le cas où des témoins éloignés devraient être entendus par un juge étranger, fixer un délai pour commencer l'enquête à l'égard de ces témoins et la restreindre dans les délais ordinaires à l'égard de ceux qui pourraient être entendus dans la ville où il siége? *Q.* 1006 —Le délai fixé par le jugement ne commence-t-il à courir que du jour de la signification qui en est faite? *Q.* 1007.—L'enquête qui ne serait pas commencée dans le délai fixé par le jugement serait-elle nulle? *Q.* 1008. —Faut-il annuler l'enquête ouverte avant l'expiration de la quinzaine de la signification de l'arrêt qui l'a ordonnée, quoique cet arrêt eût prescrit que le délai pour y procéder courrait à partir seulement de l'expiration de ce délai de quinzaine? *Q.* 1008 *bis*. — Si le tribunal prévoyait que l'enquête et la contraire-enquête ne pourraient avoir lieu simultanément, aurait-il le droit de fixer, pour la seconde, un délai postérieur à la confection de la première? *Q.* 1008 *ter*.] (1).

CCXVI. Cette disposition n'a pas besoin de commentaire; la loi ne peut exiger l'impossible, et souvent il arriverait, dans le cas prévu par l'art. 258, que l'enquête ne pourrait être faite dans les délais prescrits par les articles précédents. Il a donc fallu prescrire au juge de fixer un délai convenable.

1006. *Le tribunal pourrait-il, dans le cas où des témoins éloignés devraient être entendus par un juge étranger, fixer un délai pour commencer l'enquête à l'égard de ces témoins, et la restreindre dans les délais ordinaires, à l'égard de ceux qui pourraient être entendus dans la ville où il siége?*

Si l'art. 258 porte en termes généraux que, si l'enquête doit être faite à une plus grande distance que celle de trois myriamètres, le jugement fixera le délai dans lequel elle sera commencée, nous ne pensons pas qu'il faille en conclure que l'augmentation que le jugement ordonnerait doive s'appliquer nécessairement tant à la partie de l'enquête qui serait faite par un juge étranger, à raison de l'éloignement des témoins, qu'à celle qu'il y aurait à faire dans la ville où siége le tribunal.

Ainsi, rien n'empêcherait le tribunal de fixer, relativement aux témoins éloignés, un délai pour commencer l'enquête, et de déclarer en même temps

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'en appel une enquête faite en première instance est annulée, avec renvoi devant les premiers juges pour procéder à une nouvelle enquête, la Cour d'appel n'est pas tenue de fixer le délai dans lequel l'enquête aura lieu, encore bien que le tribunal soit distant de plus de trois myriamètres du siége de la Cour. L'art. 258 du Code de procédure n'est applicable que lorsque c'est le tribunal devant lequel l'enquête devrait être faite qui indique un autre lieu, à raison de l'éloignement des témoins. (*Cass.*, 15 juillet 1818; *S.*, t. 19, 1re part., p. 25; *J. Av.*, t. 11, p. 164.)

2° Après avoir fixé un premier délai, les juges peuvent en accorder un second si les circonstances l'exigent. (Orléans 14 août 1818; Col. Del., t. 1, p. 198; et Metz, 7 juillet 1820; *J. Av.*, t. 11, p. 179.)

3° Hors le cas de l'art. 258, les juges ne peuvent fixer un autre délai que celui de la loi. (*V.* le n° 2° de la jurisprudence, sous l'art. 257.)]

que celle qui se ferait au lieu où il siége serait commencée et achevée dans les délais ordinaires (1). (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 258.)

[[Cette opinion est aussi enseignée, et avec raison, par M. DALLOZ, t. 6, p. 855 n° 5.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 360.

1007. *Le délai fixé par le jugement ne commence-t-il à courir que du jour de la signification qui en est faite ?*

Lorsqu'un jugement, soit contradictoire, soit par défaut, ordonne qu'une partie fera telle chose *dans un certain délai*, mais sans indiquer le temps auquel il commencera à courir, il est de règle générale que le délai ne court que du jour de la notification du jugement. Cette règle, attestée par Denisart (*au mot* délai, *n°* 2), comme résultant d'un usage généralement suivi, a été consacrée par arrêt de la Cour de Rennes, du 9 mars 1810. (*V. Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 38, et *J. Av.*, t. 12, p. 568). Il n'y a d'exception que dans les cas prévus par les art. 122 et 123 du Code de procédure, dans les matières commerciales, ainsi que l'a décidé l'arrêt précité, et dans les causes sommaires, comme nous l'avons dit sur la 998e *Quest.*

De là suit que si le tribunal, en fixant un délai pour commencer l'enquête, conformément à l'art. 258, ne s'expliquait pas sur le temps auquel ce délai commencerait à courir, ce temps demeurerait fixé de droit à l'époque de la signification du jugement.

[[Un arrêt de la Cour de Limoges, du 27 décembre 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 374), et un autre de la Cour de Metz, du 3 mars 1826 (t. 37, p. 80), décident aussi que le délai accordé par le tribunal, dans le cas de l'art. 258, doit être compté à partir de la signification du jugement, encore qu'il n'ait été rien prononcé sur ce point. C'est également l'avis de M. DALLOZ, t. 6, p. 855, n° 3 ; la raison de douter vient de ce que l'article 123 du Code de proc. civ. dispose que, dans le cas où les tribunaux accorderont un délai, ce délai devra courir du jour du jugement, s'il est contradictoire. On répond que cet article ne s'applique qu'au cas où le juge a simplement la faculté d'accorder un délai, et non à celui où, comme dans l'espèce, c'est un devoir pour lui d'en déterminer un. Cette raison ne paraît pas suffisante à M. FAVARD DE LANGLADE, qui, t. 1, p. 616, v° *Compte*, n° 4, ne veut pas voir de différence entre les deux cas, et soutient que, tous les délais qu'on accorde étant fondés sur des considérations prises de la position du défendeur, l'art. 123 leur est à tous applicable.

Cette proposition ne nous semble pas exacte. Dans l'espèce de l'art. 123, il s'agit du délai accordé à une partie pour exécuter une condamnation prononcée contre elle, faute de quoi elle s'y verra contrainte par les voies de droit. Dans la nôtre, au contraire, il s'agit du délai après lequel une partie ne pourra plus procéder à une instruction, qui est toute dans son intérêt ; ainsi, dans le premier cas, c'est un délai étendu en faveur de la partie condamnée, et précisément pour prévenir une exécution ; dans le second, un délai restreint au préjudice de celle qui a obtenu ses conclusions. Dans le premier cas, c'est une grâce ; dans le second, c'est un acte de rigueur. On n'est donc pas fondé à dire

---

(1) Il en serait de même, à plus forte raison, dans le cas où l'une des parties seulement aurait intérêt à faire entendre des témoins dont la résidence serait éloignée ; rien encore ne s'opposerait ici à ce que le tribunal prorogeât le commencement de l'enquête en faveur de cette partie seulement, et à ce que l'autre partie restât soumise à commencer la sienne dans les délais ordinaires. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.* t. 2, p. 134) ; [MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 351, n° 6 ; et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 503, partagent, ainsi que nous, l'opinion de M. Carré.]

que les mêmes règles soient applicables à deux sortes de délais qui ont des caractères si différents.

Il est plus naturel de s'en rapporter à l'analogie offerte par l'art. 257, qui ne fait courir le délai ordinaire et légal, en matière d'enquête, que de la signification du jugement, et de décider de la même manière pour le délai judiciaire de l'art. 258.

Un semblable raisonnement nous amènera à dire que, si le jugement a fixé, comme point de départ, le jour de la signification, sans spécifier celle qu'on donne à l'avoué ou à la partie, il est censé avoir voulu parler de la première, parce que, dans l'art. 257, c'est aussi de la signification à avoué qu'il s'agit. La Cour de Bourges l'a ainsi jugé, le 10 avril 1826 (*Journ.* de cette Cour, 1826, p. 274.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 362, 363.

1008. *L'enquête qui ne serait pas commencée dans le délai fixé par le jugement serait-elle nulle ?*

Cette question est controversée parmi les commentateurs du Code.

M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 195, tient que l'enquête ne serait pas nulle.

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat* pensent le contraire, et fondent leur opinion sur ce que les motifs qui ont engagé le législateur à attacher la peine de nullité à l'infraction des dispositions de l'art. 257 ont absolument la même force pour les cas où l'enquête ne serait pas commencée dans le délai fixé par le jugement, conformément à l'art. 258.

Cette dernière opinion se trouve confirmée, quant à ses résultats, par arrêt de la Cour de Rennes, du 9 mai 1810. (V. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 123, et *J. Av.*, t. 11, p. 85.)

Les motifs de cet arrêt sont, premièrement, que le délai dans lequel une enquête doit être commencée varie suivant les divers cas prévus par les dispositions des art. 257 et 258; mais qu'il ne peut jamais aller au-delà d'une huitaine du jour auquel le commencement de l'enquête est fixé, soit par la loi, soit par la décision des juges qui l'ont ordonnée;

Secondement, qu'après ce terme de rigueur, commun à toutes les enquêtes, la nullité prononcée par l'art. 257 doit avoir son application dans les quatre cas déterminés par les art. 257 et 258, quoiqu'elle ne soit pas répétée par le second § de l'art. 257 et par l'art. 258, attendu qu'il y est uniquement question de fixer le délai auquel la huitaine commence, et qu'on ne peut pas supposer des cas dans lesquels la déchéance de l'enquête serait impossible, quoique le terme auquel elle doit être commencée soit déterminé, et que l'article 256 prescrive de la commencer et de la terminer dans les délais prescrits par les articles suivants, c'est-à-dire par les art. 257, 258 et 278.

[[Cette opinion, parfaitement juste, est adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 351, n° 6; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 288, note 26, n° 2; DALLOZ, t. 6, p. 855, n° 4, et BOITARD, t. 2, p. 198, et consacrée par les arrêts des Cours de Nîmes, 2 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 308), et Orléans, 11 novembre 830 (*J. Av.*, t. 40, p. 345).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 365, 366.

[[**1008** bis. *Faut-il annuler l'enquête ouverte avant l'expiration de la quinzaine de la signification de l'arrêt qui l'a ordonnée, quoique cet arrêt eût prescrit que le délai pour y procéder courrait à partir seulement de l'expiration de ce délai de quinzaine ?*

Un arrêt de la Cour de Bourges, du 27 mars 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 577), a

décidé la négative, en se fondant sur ce que la nullité n'est pas prononcée par la loi.

Sans doute ; mais il ne s'agissait pas dans l'espèce d'un délai fixé par la loi ; les juges, à qui l'art. 258 accorde le droit de prolonger le délai légal, avaient cru pouvoir user de cette faculté en assignant l'époque à partir de laquelle courrait le délai de huitaine, c'est-à-dire qu'ils n'avaient pas voulu augmenter sa durée, mais éloigner seulement son point de départ.

Etait-ce là une marche bien régulière? On pourrait en douter en lisant les termes de l'art. 258, qui attribue le pouvoir de fixer le délai *dans lequel* l'enquête sera commencée, mais dont aucune expression ne fait entendre que le juge puisse fixer un délai *avant lequel* elle ne pourrait l'être; peut-être la justifierait-on en disant qu'un tribunal ou une cour ont toujours le droit de renvoyer à telle ou telle époque l'exécution de leurs jugements ou arrêts. Nous croyons cependant qu'en matière d'enquête, où les délais sont rigoureusement tracés par la loi, il n'y a aucun motif d'agir ainsi, et que le plus simple, comme le plus légal, est de s'en tenir au texte précis de l'article, et de ne pas étendre arbitrairement le délai pendant lequel le jugement ne peut être exécuté. (*V.* les *Quest.* 990 *bis* et 1003.)

Mais, dans l'espèce de la question, il ne s'agissait pas d'interpréter la disposition légale. Un arrêt existait, bien ou mal rendu, peu importe; il était passé en force de chose jugée : il fallait s'y conformer.

La partie qui avait commencé l'enquête avant le jour où l'arrêt lui permettait de le faire, avait donné à son adversaire le droit de se plaindre; car celui-ci devait compter sur l'exécution de l'arrêt, et peut-être avait-il pris en conséquence des arrangements, que le fait du poursuivant rendaient inutiles.

Nous croyons donc que la Cour de Bourges, en maintenant cette enquête, a, non pas violé la loi, mais outre-passé son pouvoir, puisqu'elle a refusé la stricte exécution de l'arrêt rendu par elle-même.

Aussi, consulté sur un pourvoi qu'il s'agissait de diriger contre sa décision, nous n'avons pas hésité à le conseiller. Notre consultation est insérée au *J. Av.*, t. 48, p. 21, sous la forme de dissertation; mais on remarquera que les principes de droit, sur lesquels la Cour s'était faussement appuyée, et qu'il nous a bien fallu combattre par d'autres principes, n'avaient pas une application directe à la question. Elle se réduisait à ces termes : Pouvait-on se dispenser d'exécuter le premier arrêt qui avait formellement restreint le délai de l'enquête entre le 15e et le 22e jour après la signification?

Au reste, la même Cour de Bourges, dont nous combattons le système, nous fournit deux décisions analogues pour appuyer la nôtre. Par la première, du 6 mars 1828 (*Journ.* de cette Cour, 7e année, p. 131), elle a posé en principe que lorsqu'un arrêt déclare que le délai pour faire enquête commencera après la quinzaine de la signification, la partie a huit jours après cette quinzaine pour commencer son enquête; et, par la seconde, du 31 août 1829 (*J. Av.*, t. 41, p. 579), déjà cité sous la *Quest.* 1005 *bis*, elle a reconnu que si l'arrêt porte que l'enquête commencera après un délai qui courra de la dernière signification à personne ou domicile, il doit être signifié à toutes les parties en cause, aux garants comme aux garantis, et l'enquête est nulle, si le demandeur l'a commencée avant le délai fixé à partir de la dernière signification faite à ces garants ; cette nullité peut être invoquée par chacune des parties.] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 367.

[[1009 ter. *Si le tribunal prévoyait que l'enquête et la contraire enquête ne pourraient avoir lieu simultanément, aurait-il le droit de fixer, pour la seconde, un délai postérieur à la confection de la première ?*

Non, si l'on se trouve dans le cas de l'art. 257, c'est-à-dire que l'enquête ne

doive pas être faite au-delà de trois myriamètres; car plusieurs arrêts ont décidé, contrairement à l'opinion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 502, que les juges ne peuvent alors fixer un autre délai que le délai légal. *V.* le n° 3 de la jurisprudence.

Il n'y a pas, d'ailleurs, nécessité. Tout étant abandonné à la sagesse du juge-commissaire pour régler l'audition, il pourra indiquer, dans l'ordonnance qu'il donnera au défendeur, un jour postérieur à l'achèvement présumé de l'enquête directe; car, quoiqu'elles doivent toutes deux commencer dans la huitaine, il ne s'ensuit pas qu'elles doivent finir en même temps : chacune peut durer pendant huit jours, à compter de l'audition de ses premiers témoins (*V. infrà*, *Quest.* 1087); et cette audition, c'est au juge-commissaire à en fixer le jour, comme il l'entend, dans ses deux ordonnances.]]

ART. 259. L'enquête est censée commencée, pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heure par lui indiqués.

En conséquence, le juge-commissaire ouvrira les procès-verbaux respectifs par la mention de la réquisition de la délivrance de son ordonnance.

T. 76, 91. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 281 et 282, n°s 12 à 16.] — Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 5 et 6, et *infrà*, art. 279. — [Notre Dict gén. de pr., v° *Enquête*, n°s 104, 110, 153, 154, 158, 160, 161, 163, 198, 281 à 284 et 552. — Arm. Dalloz, *eod.*, n°s 105 à 121. — Carré. *Comp.* 2e part. liv. III, chap. 2, sect. 2, à la note; éd. in-8°, t. 6, p. 426.—Locré, t. 21, p. 462 et 616 —QUESTIONS TRAITÉES : Comment chacune des parties, obtient-elle l'ordonnance du juge-commissaire? *Q.* 1009.— Sur quelle base le juge-commissaire doit-il fixer le délai pour l'audition des témoins? *Q.* 1010. — La partie qui n'aurait pas assigné ses témoins à comparaître au jour fixé par l'ordonnance du juge-commissaire pourrait elle obtenir de lui une nouvelle ordonnance pour faire son enquête? *Q.* 1011. —Lorsque l'avoué, par erreur, assigne les témoins pour une autre heure que celle que l'ordonnance indiquait, la partie peut-elle obtenir une prorogation de délai? *Q.* 1012. — Y aurait-il nullité, si le juge-commissaire avait oublié de mentionner dans les procès-verbaux la date de la délivrance de son ordonnance? *Q.* 1013.—L'ordonnance du juge-commissaire est-elle irréfragable? Dépend-il absolument du juge-commissaire de fixer dans son ordonnance le jour qui lui convient? *Q.* 1013 *bis*] (1).

CCXVII. Ici la loi indique l'acte qui constitue le commencement d'enquête, et dispose qu'il doit avoir lieu dans un délai de rigueur, en disant que l'en-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° On n'est pas déchu de la faculté de faire procéder à l'enquête, par cela seul que le juge-commissaire n'a pas cru devoir décréter la requête à l'effet d'assigner les témoins, lorsque d'ailleurs cette requête a été présentée, et que toutes les diligences ont été faites dans les délais de la loi. (Metz, 7 juill. 1820; *J. Av.*, t. 11, p. 179.) **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 368.

2° La simple fixation, par le juge-commissaire, du jour pour procéder à l'enquête, n'équivaut pas à l'ordonnance à l'effet d'assigner les témoins, dont parle l'art. 259 du Code de procédure civile. (Bruxelles, 18 déc. 1811; *J. Av.*, t. 11, p. 112.)

3° Une enquête est nulle, lorsque le juge-commissaire n'a pas indiqué le jour et l'heure auxquels les témoins seraient assignés, autrement que par ces mots : *aux jour et heure qui seront fixés par les exploits.* (Besançon, 14 août 1826; *J. Av.*, t. 33, p. 230.)

4° Lorsqu'il y a lieu à nomination d'un nouveau juge-commissaire, quand déjà l'enquête est censée commencée, aux termes de l'art. 259 du Code de procédure civile, il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, de même que lorsqu'il s'agit d'une enquête non encore ouverte, que l'ordonnance du nouveau juge-commissaire à l'effet d'assigner les témoins, soit obtenue dans la huitaine du jour de la signification du jugement qui le nomme. (Bruxelles, 6 avril 1827; *J.* de cette Cour, 1827-2-38.)

5° L'ouverture des procès-verbaux d'enquête n'est pas sujette à un droit d'enregistrement distinct de celui qui est perçu sur les procès-verbaux, après que l'enquête est terminée. (Délibération du Conseil d'administration, 24 juillet 1819; *J. Av.*, t. 11, p. 351, n° 124.)]

quête est censée commencée pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge-commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heure indiqués.

Il faut donc qu'après la signification du jugement, et avant l'expiration du délai prescrit pour commencer l'enquête, celle des parties qui veut faire entendre ses témoins ou toutes les deux, s'il y a contre-enquête, se présentent séparément par le ministère de leurs avoués devant le juge-commissaire, pour obtenir l'ordonnance dont il s'agit.

Cette ordonnance doit être demandée par requête; elle peut l'être également par simple réquisition verbale (1). **Supp. alph.** V° *Enquête*, n. 368.

1009. *Comment chacune des parties obtient-elle l'ordonnance du juge-commissaire ?*

En présentant une requête, au bas de laquelle le juge rend cette ordonnance. (*V.* le *Tarif*, art. 76, § 5, et art. 91.)

[[*V.* la note du n° CCXVII.]]

1010. *Sur quelle base le juge-commissaire doit-il fixer le délai pour l'audition des témoins ?*

Sur la distance du domicile des témoins qui sont les plus éloignés, puisque, d'après l'art. 278, la clôture de l'enquête doit avoir lieu dans la huitaine de l'audition des premiers témoins, à moins que le jugement d'appointement en preuve n'ait fixé un plus long délai. Si donc le jugement n'a point accordé de prorogation, il convient que, dans la requête, on fasse connaître à quelle distance se trouve le domicile des témoins les plus éloignés, afin que le juge-commissaire y ait égard dans la fixation du délai.

[[Cela est sans difficulté. *V.*, dans le même sens, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 505; DALLOZ, t. 6, p. 857, n° 2, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 449.]]

1011. *La partie qui n'aurait pas assigné ses témoins à comparaître au jour fixé par l'ordonnance du juge-commissaire, pourrait-elle obtenir de lui une nouvelle ordonnance pour faire son enquête ?*

Nonobstant les raisons que nous avions exposées dans notre Analyse, numéro 886, et un arrêt de la Cour de Paris, du 8 août 1810, qui a consacré la négative de cette question, nous ne croyons pas devoir persister à la résoudre de la sorte. Voici les considérations qui nous déterminent :

Le but de la loi a été de fixer le délai dans lequel les parties admises à la preuve feraient entendre leurs témoins : elles doivent donc jouir de ce délai

---

(1) Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, le juge-commissaire doit ouvrir dès cet instant le procès-verbal ou les procès-verbaux respectifs d'enquête, par la mention de la réquisition et de la délivrance de son ordonnance, en vertu du jugement qui admet la preuve.

Si l'ordonnance à l'effet d'assigner les témoins est rendue sur requête, elle est, comme nous le disons n° 1009, mise par le juge-commissaire au bas de la requête, et la partie requérante fait signifier le tout.

Si, au contraire, cette ordonnance est délivrée sur une simple réquisition verbale, elle est portée sur le procès-verbal du juge-commissaire, et la partie qui l'a obtenue s'en fait délivrer expédition par le greffier.

[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 506, admet aussi les deux formes d'ordonnance dont parle M. Carré. Nous adoptons la même opinion dans notre *Comm. du tarif*, t. 1, p. 281, n° 12.)]

dans son intégrité. Pourvu que les témoins soient entendus avant qu'il expire, leur audition est régulière. Pourquoi donc la partie qui, dans le délai pour faire enquête, serait instruite qu'un témoin a connaissance des faits, ne pourrait-elle pas le faire assigner pour déposer? La loi ne le lui défend point : elle en a donc la faculté.

Sans doute, il faut qu'elle obtienne du juge-commissaire la permission de faire assigner ce témoin; mais cette seconde ordonnance n'est point un nouveau commencement d'enquête : on ne commence point ce qui déjà a été commencé; ce n'est qu'une suite et une continuation de cette enquête, tant que le délai dure.

Il ne peut arriver qu'il y ait une troisième et une quatrième ouvertures d'enquête; il n'y en a jamais qu'une, celle pour l'audition des premiers témoins assignés. A la vérité, la durée du délai est la limite de la preuve, et, s'il est terminé, il devient impossible d'appeler de nouveaux témoins; mais, tant qu'il dure, on ne peut priver la partie du droit de faire entendre les témoins qu'elle juge à propos : rien ne peut lui ravir ni restreindre ce droit, qu'elle tient de la loi. Il ne dépend même pas des tribunaux de créer des nullités; et la décision de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 18 mai 1810, *J. Av.*, nouv. éd., t. 21, p. 131, que nous invoquions nous-même, ne peut en conséquence former une règle sur la matière, puisqu'elle n'est pas conforme à la loi.

Les auteurs des *Annales du Notariat*, au Commentaire du Code de procédure, t. 2, p. 214, 215 et suiv., citent deux arrêts contraires à celui du 18 mai 1810 : l'un de la Cour d'appel de Colmar, du 16 novembre 1810, et l'autre de la Cour d'appel de Paris, du 31 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 100); et, après avoir rapporté les circonstances dans lesquelles ces deux arrêts furent rendus, ils s'expriment dans les termes suivants, p. 216 et 217 : « S'il nous est « permis d'émettre notre opinion sur cette question, nous croyons que l'au- « torité de l'arrêt de la Cour de Paris, du 18 mai 1810, est plus que balancée par « celle de l'arrêt rendu, le 31 janvier 1811, par la même Cour, et par l'autorité « de la Cour d'appel de Colmar, qui, comme on vient de le voir, a prononcé « dans le même sens; que, par conséquent, on peut demander une prolon- « gation de délai pour faire paraître de nouveaux témoins. »

S'il peut être accordé un nouveau délai pour faire entendre de nouveaux témoins, à plus forte raison la partie qui veut en faire entendre dans le cours du premier délai que la loi lui accorde, est-elle fondée à obtenir du juge-commissaire une ordonnance pour l'audition de ces témoins. C'est aussi ce que suppose un dernier arrêt de Paris, du 5 décembre 1815, *J. Av.*, t. 11, p. 151, cité *suprà* sur l'art. 256. (*V. infrà* sur l'art. 279.) (1)

[[La solution contenue sous ce numéro, dérive du même principe qui nous a fait combattre celle que donnait M. Carré sous le n° 996. On ne voit pas pourquoi il ne serait pas permis, à celui qui se trouve encore dans les délais, de réparer, en les recommençant, les fausses démarches qu'il aurait pu faire. Ainsi, soit que la partie ait négligé de mettre à exécution au jour fixé l'ordonnance par elle obtenue, soit que depuis elle ait découvert l'existence de nouveaux témoins, il nous semble évident qu'elle peut réclamer une nouvelle

(1) Au surplus, il est évident que l'on pourrait sans difficulté obtenir une nouvelle ordonnance, si la première contenait une erreur qui rendît son exécution impossible; par exemple, si le juge-commissaire avait indiqué le jour de l'audition par la date seulement, et que ce jour se trouvât un dimanche; car, si nous avons dit que les jours de fête légale étaient utiles pour faire courir le délai, il ne faut pas en conclure que le juge puisse procéder un jour férié.

ordonnance, pourvu toutefois que le juge soit convaincu de l'utilité des nouvelles assignations. C'est ainsi que la Cour de Turin a envisagé la question dans son arrêt du 20 août 1808 (*J. Av.*, t. 11, p. 44). La Cour de Nîmes a jugé, le 14 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 251), que le juge-commissaire qui a fixé par une ordonnance le jour de l'audition des témoins peut, sur la demande de la partie, qui poursuit l'enquête et tant que cette ordonnance n'a pas été notifiée, la révoquer, et rendre une autre ordonnance pour fixer un autre jour. Un arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembre 1815 (*J. Av.*, t. 11, p. 151), a décidé que, lorsque après une audition de témoins nulle le juge-commissaire délivre une nouvelle ordonnance, l'enquête est valable quoique la seconde ordonnance ait été rendue plus de huitaine après la signification du jugement à avoué; la première audition, quoique nulle, a rempli les délais, et l'on ne peut pas dire que l'enquête n'a été commencée que par la seconde ordonnance. On voit que toutes ces décisions militent plus ou moins en faveur de notre opinion.

Il est vrai néanmoins qu'un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 31 décembre 1811 (*J. Av.*. t. 11, p. 113), décide qu'une enquête ne peut pas être réputée commencée par l'ordonnance du juge-commissaire, si celle-ci n'a pas reçu d'exécution ; mais il faut observer que, dans l'espèce de cet arrêt, la partie n'avait aucun motif d'excuse pour sa négligence.

MM. BONCENNE, t. 4, p. 269, et DALLOZ, t. 6, p. 857, n° 3, s'élèvent contre l'opinion de M. Carré, et soutiennent que les parties doivent être considérées comme déchues du bénéfice des délais, lorsqu'elles les ont volontairement anticipés. C'est un principe que nous avons déjà combattu (*Question* 996). Du reste M. Dalloz avoue que, si la partie justifiait d'un empêchement légitime, il croirait juste de faire fléchir la règle qu'il propose.

L'autorité de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 541, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 351, n° 7, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 449, vient appuyer notre décision, que fortifient encore un arrêt de la Cour de Liége du 4 décembre 1834 (*Journ.* des arrêts de Bruxelles, 1835-2-104), un jugement du tribunal de la Seine, du 5 mars 1829, rapporté par le *Courrier des tribunaux* du surlendemain, un arrêt de la cour de Paris, du 22 juin 1829 (*Gazette des Tribunaux* du 23), et une autre décision, très bien motivée, de la Cour de Bruxelles, du 8 mai 1833 (*Journ* de cette Cour, 1833.2.360). Bien entendu que, lorsque l'audition des témoins est commencée, le jour fixé pour la nouvelle assignation sera compris dans la huitaine de l'audition du premier témoin. (V. *Q.* 1087 et 1094 *bis*).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 371.

1012. *Lorsque l'avoué a, par erreur, assigné les témoins pour une autre heure que celle que l'ordonnance indiquait, la partie peut-elle obtenir une prorogation de délai?*

La Cour de Pau a jugé l'affirmative, par arrêt du 6 décembre 1809 (*S.*, 1814, 1re partie, p. 423, et *J. Av.*, t. 11, p. 78), en supposant toutefois que le délai de l'enquête ne serait pas expiré.

Mais il faut remarquer qu'il y eut lieu à résoudre cette question à raison de ce que le juge-commissaire ne voulut pas prendre sur son compte de remettre l'audition des témoins à l'heure qui avait été fixée dans l'assignation, et qu'il renvoya les parties à l'audience.

Nous estimons que ce cas ne peut se représenter; car, l'art. 259 ne prononçant point la nullité d'une enquête qui ne commence pas à l'heure indiquée, tout le jour est utile pour y procéder, ainsi que l'a jugée la Cour de Rennes, par arrêt du 12 janvier 1810, *J. Av.*, t. 11, p. 80. (*V. infrà*, sur l'art. 262.)

Un juge-commissaire peut donc surseoir et attendre l'heure fixée dans l'assignation, sans avoir besoin de renvoyer à l'audience pour faire décider s'il y a lieu a prorogation du délai.

[[M. DALLOZ, t. 6, p. 858, n° 4, adopte avec raison ce système.]]

1013. *Y aurait-il nullité, si le juge-commissaire avait oublié de mentionner, dans les procès-verbaux, la date de la délivrance de son ordonnance?*

Non, puisque la date insérée dans cette ordonnance ferait foi qu'elle aurait été délivrée dans le délai; mais on sent que l'enquête serait nulle, si l'ordonnance ne portait point de date, puisque rien ne pourrait fournir la preuve de sa délivrance dans ce même délai.

[[C'est aussi l'opinion de M. DALLOZ, t. 6, p. 858, n° 5. Cela ne nous paraît pas susceptible de difficulté.]]

[[**1013 bis.** *L'ordonnance du juge-commissaire est-elle irréfragable? Dépend-il absolument du juge-commissaire de fixer dans son ordonnance le jour qui lui convient?* Voy. Q. 1050, 1098 *bis*, 1156 *bis* et 1469.

Cette question a été soulevée devant la Cour royale de Toulouse, mais elle n'a pas reçu de solution.

Elle présente quelque gravité. Dans l'espèce, le juge-commissaire avait renvoyé à un an l'audition des témoins, parce qu'un des témoins qu'on désirait faire citer, habitait à l'île Bourbon.

Il est d'abord incontestable que, si un juge-commissaire, malgré les réquisitions et les sommations des parties intéressées, se refusait à rendre son ordonnance, ou la renvoyait malicieusement et capricieusement à une époque évidemment trop éloignée, il y aurait alors déni de justice et prise à partie possible.

Mais, pour que la question conserve tout son intérêt, il faut supposer que les parties désirent une indication ou plus éloignée ou plus rapprochée.

Dégageons encore la solution d'une évolution de procédure qui ne peut souffrir de contradiction. La partie qui y aura intérêt pourra se pourvoir par opposition devant le juge-commissaire.

Mais ce magistrat persiste, il indique un délai évidemment trop court, ou au contraire un délai beaucoup trop éloigné.

Dans le premier cas, la partie qui a obtenu la faculté de faire une enquête se voit dans l'impossibilité de faire entendre ses témoins ou d'assigner sa partie adverse. Dans le second cas, le souvenir des faits devenant moins récent, l'enquête perdra presque tout l'intérêt qu'on y attachait.

Les parties pourront-elles se pourvoir devant le tribunal? Auront-elles la voie de l'appel? Si l'enquête a été ordonnée par une Cour royale, aucun recours ne leur sera-t-il ouvert?

Tout dépend du caractère qu'on attribuera au juge-commissaire.

En matière de distribution et d'ordre, les contestations sont du ressort du tribunal (art. 666 et 758); il est à remarquer que ces contestations touchent le fond du droit et que tout ce qui concerne la procédure reste dans le domaine du juge-commissaire. C'est ainsi qu'une adjudication est reçue par le juge commis, à moins qu'il n'y ait contestation qui, lui paraissant de nature à empêcher cette adjudication, doive être renvoyée par lui devant le tribunal entier. En matière d'enquête, le juge-commissaire représente le tribunal, il a pleine capacité pour tous les actes dont la loi lui a abandonné la direction. L'art. 72 accorde au président un pouvoir qui nous a toujours paru à l'abri de tout recours, soit devant le tribunal, soit devant la Cour (*V. Quest.* 378).

Du rapprochement de ces divers articles, nous faisons résulter cette conséquence que le juge-commissaire est le souverain arbitre du délai qu'il veut accorder; que nulle opposition devant le tribunal, nul appel, ne devront être accueillis. Ce n'est pas un acte contentieux à proprement parler. La prise à partie sera

donc la seule voie qui puisse être employée, et toutefois si, par une inconcevable légèreté, un juge-commissaire indiquait un délai trop court, la partie lésée aurait le droit de se pourvoir devant le tribunal pour obtenir une prorogation d'enquête aux termes de l'art. 279.

Un de nos plus honorables collègues, consulté par nous sur cette grave difficulté, a objecté que le juge-commissaire n'était pas dans la position du président qui accorde une abréviation de délai, qu'il n'était que le délégué, le mandataire du tribunal; que le mandat n'était déféré qu'à la condition tacite de recourir au tribunal tout entier en cas d'incident, que le mandat pouvait toujours être révoqué par le tribunal, que la nécessité pouvait s'en faire sentir en cas d'absence (1) imprévue du juge, ou de sa maladie prolongée, et que le silence de ce magistrat ne devait pas enchaîner les pouvoirs du tribunal.

Il a insisté en disant que, dans une question de cette nature, en présence d'inconvénients quelle que soit la solution, il adoptait celle qui lui paraissait offrir aux plaideurs de plus grandes garanties, surtout lorsqu'elle ne contrariait ni le texte de la loi, ni un principe nettement posé par la jurisprudence.

Sans nous dissimuler la force de ces objections, nous répondons que le juge-commissaire n'est point un simple *délégué mandataire* du tribunal, qu'il a une compétence particulière, qu'il exerce en certains cas une juridiction susceptible d'appel. (*V.* notre *Quest.* 1032 *bis.*)

Si, dans l'espèce posée, nous n'accordons pas aux parties la voie de l'appel, c'est que l'acte en lui-même ne nous paraît pas contentieux, il reste alors dans le domaine exclusif du juge chargé de la direction de la procédure.

Au titre de l'enquête, certains pouvoirs ont été délégués au juge-commissaire avec ou sans omnipotence et nous ne reconnaissons pas, comme notre collègue, que la loi soit là complètement muette.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*. n. 372.

ART. 260. Les témoins seront assignés à personne ou domicile. Ceux domiciliés dans l'étendue de trois myriamètres du lieu où se fait l'enquête, le seront au moins un jour avant l'audition. Il sera ajouté un jour par trois myriamètres pour ceux qui seront domiciliés à une plus grande distance; il sera donné copie à chaque témoin du dispositif du jugement, seulement en ce qui concerne les faits admis, et de l'ordonnance du juge-commissaire; le tout à peine de nullité des dépositions des témoins envers lesquels les formalités ci-dessus n'auront pas été observées (2).

T. 29.—[Notre comm. du tit. 1, p. 284, nos 22 à 24.] — Ord. tit. 22, art. 2 et 7. — Cod. d'inst. crim., art. 510 et suiv.—Code de proc., art. 267, 294, 413, 1029 et 1033.—[Notre Dict. gén. de pr., v° *Enquête*, nos 285 à 288, 293. — Locre, t. 21, p. 462. — QUESTIONS TRAITÉES : L'assignation aux témoins doit-elle être signifiée dans la forme ordinaire des exploits d'ajournement? *Q.* 1014.—Le juge-commissaire pourrait-il entendre des témoins qui n'auraient pas été assignés? *Q.* 1015.—Quel est le sens de la disposition de l'art. 260, qui exige que les témoins soient assignés au moins un jour avant l'audition? *Q.* 1016.— Le dispositif du jugement dont l'art. 260 prescrit de donner copie aux témoins peut-il être remplacé par un équipollent? *Q.* 1016 *bis*.—Quand l'enquête est faite en vertu de jugement confirmé sur l'appel, devrait-on donner copie du dispositif de l'arrêt, s'il se bornait à déclarer l'appelant sans griefs? *Q.* 1017.]

(1) [Dans l'espèce portée devant la Cour de Toulouse, le conseiller commis était député : il était à craindre qu'à l'époque indiquée, il ne fût retenu à Paris par les travaux de la Chambre.]

(2) Il eût été plus conforme à l'ordre naturel de placer cet article après l'art. 261, qui eût été le 260e.

CCXVIII. Les témoins doivent être assignés à personne ou domicile par un exploit ordinaire, dans la forme et sous les conditions prescrites par l'article ci-dessus, dont l'observation est exigée à peine de nullité, non pas de l'enquête entière, mais seulement des dépositions des témoins envers lesquels on n'aurait pas observé les formalités qu'il indique (1).

1014. *L'assignation aux témoins doit-elle être signifiée dans la forme ordinaire des exploits d'ajournement?*

Oui, sans doute, et conséquemment elle doit être signifiée par le ministère d'un huissier, contenir l'immatricule de cet officier ministériel, et la mention que la copie a été remise à la personne même du témoin trouvé dans un lieu qu'on désigne, ou qu'elle a été portée à son domicile, et remise à l'individu de la famille qu'on dénomme; en un mot, on doit se conformer aux dispositions des art. 61 et 68. (*V.* les Quest. traitées sur ces articles.)

[[Cette opinion, que nous croyons exacte, est aussi partagée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 353, n° 1.]]

1015. *Le juge-commissaire pourrait-il entendre des témoins qui n'auraient pas été assignés?*

Rodier, sur l'art. 5 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, dit que la formalité de l'assignation est tellement nécessaire, qu'on regarderait les témoins qui n'auraient pas été assignés comme suspects. Le Code semble avoir consacré cette opinion, puisque l'art. 260 porte que *les témoins seront assignés*, et que l'art. 269 exige qu'ils représentent leurs assignations. Il résulte de là, selon nous, qu'ils ne doivent pas être entendus s'ils n'ont pas été été assignés (*V.* Comment. inséré aux *Annales du notariat*, t. 2, p. 137, et DELAPORTE, t. 1, p. 260). (2)

[[A moins que la partie intéressée ne consente à leur audition, disent avec raison MM. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 451, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 353, n° 1, et CARRÉ lui-même à la note.]]

1016. *Quel est le sens de la disposition de l'art. 260, qui exige que les témoins soient assignés au moins un jour avant l'audition?*

La loi veut, par cette disposition,

1° Que les témoins domiciliés dans l'étendue de trois myriamètres du lieu où se fait l'enquête soient assignés au moins un jour avant l'audition, c'est-à-dire *trois jours* avant celui où ils doivent être entendus, parce qu'un jour franc emporte trois jours, celui de l'assignation et celui de l'échéance n'étant pas comptés;

2° Qu'à l'égard de ceux domiciliés à une plus grande distance, c'est-à-dire

---

(1) Il faut avoir soin de ne jamais comprendre parmi les témoins assignés des personnes incapables de déposer; car ces personnes ne pouvant jamais être admises en témoignage, même du consentement des parties, ne peuvent, dans aucun cas, être assignées. (*V.* art. 268.)

Il n'en est pas de même des témoins reprochables. (*V.* art. 284.)

(2) Il est néanmoins entendu que le juge-commissaire pourrait recevoir la déposition, si la partie intéressée à écarter le témoin y consentait: mais, en ce cas, il devrait consigner ce consentement dans son procès-verbal, et le faire signer par les parties.

au-delà des trois myriamètres du lieu où l'enquête doit être faite, il soit donné, indépendamment du jour franc ou des trois jours alloués pour les trois premiers myriamètres, un jour par chacun des trois myriamètres excédant cette première distance. (*V. Traité de proc. civ. et Comm.*, de Hautefeuille, conseiller en la Cour d'Orléans, p. 153; le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 138; DEMIAU CROUZILHAC, p. 203).

[[Aussi, la Cour royale d'Orléans a-t-elle décidé, par son arrêt du 4 avril 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 84), qu'il doit être, à peine de nullité, ajouté une augmentation de délai à raison de l'éloignement du témoin assigné. Cette nullité, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 508, ne peut être proposée que par la partie adverse, qui la couvrirait si elle assistait en silence à la continuation de l'enquête. (*V. infrà*, *Quest.* 1022.) S'il s'élève une contestation, le juge-commissaire renvoie à l'audience. Si l'exploit d'assignation présentait une nullité relative au témoin seul, lui seul pourrait la proposer pour se faire décharger de l'amende qu'il aurait encourue en ne comparaissant pas. (*V.* l'art. 265.) C'est l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p, 451.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 128.

[[1016 bis. *Le dispositif du jugement dont l'art. 260 prescrit de donner copie aux témoins peut-il être remplacé par un équipollent?*

Nous avons démontré, sous les *Quest.* 978 et 978 *bis*, que le jugement doit, à peine de nullité, contenir et détailler les faits dont il autorise la preuve. Pourquoi cette nécessité? Afin que, ces mêmes faits étant clairement déterminés, on ne puisse éluder les dispositions de la loi, et faire entendre indirectement les témoins sur des faits qui n'auraient pas été trouvés admissibles. Par la même raison, il faut que le dispositif ou la partie du jugement qui contient les faits soient notifiés aux témoins, afin qu'ils sachent bien sur quoi ils auront à répondre. Une énonciation vague des faits à vérifier dans l'exploit d'assignation ne pourrait donc suffire, comme l'a jugé la Cour de Bruxelles, le 22 février 1821 (*J.* de cette Cour, 1821-1-137). Ce n'est que d'une manière authentique, c'est-à-dire par la lecture du jugement même qui les spécifie, que les témoins doivent connaître les faits à prouver; Orléans, 22 déc. 1809 (*J. Av.*, t. 11, p. 80). Nous ne pouvons donc que blâmer un arrêt de la Cour de Bourges, du 14 nov. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 231), qui a décidé qu'il suffit, lorsque les faits ont été détaillés dans la requête présentée au juge-commissaire, de signifier cette requête avec l'ordonnance. Ne dépend-il point de la partie de changer ou modifier, dans une requête, les dispositions du jugement? C'est, au reste, l'avis unanime de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 509; BOITARD, t. 2, p. 200, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 451. Ce dernier auteur fait observer que chaque partie n'est obligée de donner à ses propres témoins connaissance que des faits qu'elle-même veut prouver, et non pas des faits de son adversaire.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 129.

1017. *Quand l'enquête est faite en vertu de jugement confirmé sur l'appel, devrait-on donner copie du dispositif de l'arrêt, s'il se bornait à déclarer l'appelant sans griefs?*

Nous pensons qu'on doit, en ce cas, se borner à notifier copie de l'extrait du dispositif du jugement *contenant les faits à prouver*. Il nous semblerait même que celle de l'arrêt confirmatif serait frustratoire, puisque le but du législateur, qui est d'instruire les témoins des faits sur lesquels ils auront à déposer, est rempli par la copie du jugement.

Mais il est évident que, si l'arrêt, en confirmant l'interlocutoire, retranchait quelques-uns des faits que celui-ci aurait admis en preuve, ou en ajou-

tait qu'il eût rejetés, il y aurait nécessité de donner en cette partie une copie de cette décision.

[[Ces solutions sont parfaitement justes.]]

ART. 261. La partie sera assignée, pour être présente à l'enquête, au domicile de son avoué, si elle en a constitué, si non à son domicile; le tout trois jours au moins avant l'audition. Les noms, professions et demeures des témoins à produire contre elle lui seront notifiés; le tout à peine de nullité comme ci-dessus.

T. 29.—[Notre Comm. du Tarif, t. I, p. 283, n°s 18 à 21.]—Ordonn. tit. 22, art. 7, 2e part., Code de pr., art. 267, 275, 408, 413, 1029, 1031.— [Notre Dict. gén. de Pr., v^{is} *Arbitrage*, n° 286, *Enquête*, n°s 218 à 253, 257 à 259, 262 à 276, 278 à 280, 311, 482, 512, 513, 520 à 524, 528 à 535, 537 à 541 543, 546 à 550, *Exceptions*, n°s 233 à 235, 237 à 243, *Exploit*, n° 95. — Devilleneuve, v° *Enquête*, n°s 60 à 97.—Arm. Dalloz, *Eod, verbo*, n°s 122 à 177.—Locré, t. 21, p. 290.—QUESTIONS TRAITÉES: La partie assignée pour assister à une enquête doit-elle l'être, à peine de nullité, au domicile de l'avoué par elle constitué, lors même que cette enquête doit se faire dans un lieu plus ou moins éloigné de celui où siége le tribunal? *Q.* 1018.—L'assignation donnée à une partie, au domicile de son avoué, pour être présente à une enquête, doit-elle être faite dans la forme des exploits d'ajournement? *Q.* 1018 *bis*.—L'assignation signifiée au domicile de l'avoué pour assister à l'enquête doit-elle, à peine de nullité, être donnée en autant de copies qu'il y a de parties pour lesquelles il occupe? *Q.* 1018 *ter*. — Comment se calcule le délai de trois jours prescrit par l'art. 261? *Q.* 1019. — Le délai de trois jours est-il susceptible de l'augmentation à raison des distances? doit-il être doublé? *Q.* 1020. — Lorsqu'un jugement par défaut, faute de constituer avoué, ordonne une enquête, la partie défaillante, pour pouvoir assister à cette enquête et y proposer les reproches contre les témoins, est-elle tenue de constituer préalablement avoué? *Q.* 1020 *bis*. — La nullité de l'assignation donnée au défendeur serait-elle couverte par la contre-enquête à laquelle il ferait procéder? *Q.* 1021. — La nullité d'une assignation donnée pour assister à l'enquête peut-elle être couverte par la présence de l'avoué ou de la partie à l'audition des témoins? *Q.* 1022.—L'assignation doit-elle nécessairement contenir les noms, professions et demeures des témoins produits contre le défendeur à l'enquête? Si la signification des noms, etc., peut être faite par un acte séparé, doit-elle l'être, comme l'assignation, au domicile de l'avoué et non à celui de la partie?— Le délai de trois jours s'applique-t-il à l'un comme à l'autre de ces deux actes? *Q.* 1023.—L'art. 261 exigeant qu'on notifie la demeure des témoins, y aurait-il nullité de l'acte, si l'on se contentait de notifier le domicile? *Q.* 1024.—Comment s'entend la disposition de l'art. 261, qui attache à l'inobservation de ce que ce même article prescrit, une peine de nullité de la même nature que celle prononcée par l'art. 260? *Q.* 1025.] (1)

Voy. *infrà*, p. 579, Q. 1022 *bis*.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Les preuves résultant d'une enquête ne peuvent être opposées à la partie qui, quoiqu'elle fût aux qualités dans la contestation, n'a pas été assignée pour y être présente, et n'y a pas d'ailleurs assisté. (*Cass.*, 11 janv. 1815; *S.*, 15-1-255; et *J. Av.*, t. 11, p. 141.) — *V.* néanmoins un arrêt de la Cour de Rennes, du 29 mai 1813, qui décide que l'enquête fait preuve, quoique non contradictoire, si le défendeur n'a pas attaqué le jugement d'appointement (*J.* de la Cour de Rennes, t. 4, p. 88).

2° Lorsqu'une partie n'est pas assignée à une enquête dans le délai légal, elle peut, au lieu de laisser procéder à cette enquête, demander la nullité de cette citation par action incidente. (Montpellier, 15 juin 1827; *J. Av.* t. 36, p. 202.)

3° Un notaire doit notifier au ministère public, dans les formes et délais voulus par le Code de procédure, les noms, prénoms et domiciles des témoins qu'il veut faire entendre dans une enquête pour se justifier d'une contravention à lui imputée; car cette enquête doit avoir lieu dans les formes du Code de procédure civile. (Colmar, 1er fév. 1831; *J. Av.*, t. 42, p. 160.)

4° Si plusieurs intéressés à un même droit sont admis à faire preuve de leur jouissance individuelle, ils peuvent ne faire qu'une seule notification des noms des témoins, par un même exploit, sans qu'on puisse, pour cela, arguer leur enquête de nullité. (Bourges, 5 mai 1813; *J.* de cette Cour, t. 2, p. 243.)

5° Quoique deux enquêtes aient lieu dans la même affaire à des époques tellement rapprochées et dans des lieux si éloignés que le défendeur ait été dans l'impossibilité d'assister aux deux à la fois, ce fait seul ne suffit pas pour entraîner la nullité de l'une ou de l'autre enquête. (Rennes, 28 juillet, 1814;

CCXIX. Après avoir obtenu du juge-commissaire l'ordonnance prescrite par l'art. 259, chaque poursuivant la fait signifier à sa partie adverse, avec assignation à comparaître aux jour et heure fixés devant ce magistrat, pour être présente, si bon lui semble, à l'enquête.

Les noms, professions et demeures des témoins à produire contre la partie assignée lui sont notifiés dans l'exploit, afin qu'elle puisse d'avance connaître tous les moyens de reproche ou d'incapacité qu'elle pourrait proposer contre tel ou tel. Cette assignation doit être donnée trois jours francs au moins avant l'audition du premier témoin, et remise au domicile de l'avoué, s'il en a été constitué un, sinon au domicile de la partie; le tout à peine de nullité. **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 1009, 1012 et s.

1018. *La partie assignée pour assister à une enquête doit-elle l'être, à peine de nullité, au domicile de l'avoué par elle constitué, lors même que cette enquête doit se faire dans un lieu plus ou moins éloigné de celui ou siége le tribunal qui l'a ordonnée?*

Oui, puisque la disposition de l'art. 261, qui veut, à peine de nullité, que l'assignation pour être présente à l'enquête ne soit donnée au domicile réel de la partie qu'autant qu'elle n'a pas d'avoué constitué, au domicile duquel cette assignation puisse l'être, est générale et absolue, et qu'elle ne comporte aucune exception, pas même celle où cette enquête se ferait dans le lieu même où la partie est domiciliée, et à une distance éloignée de celui où siége le tribunal qui l'a ordonnée (1).

[[La loi exige, à peine de nullité, que la partie soit assignée au domicile de son avoué, et non pas à son propre domicile. La raison en est que, si la partie recevait elle-même l'assignation, ignorant le plus souvent la rigueur des prescriptions de la loi, elle pourrait négliger de faire les démarches nécessaires pour prendre des renseignements sur les témoins. Si c'est son avoué qui est chargé de l'avertir, il lui donnera des conseils sur ce qu'elle a à faire. Aussi, les Cours de Montpellier, 20 juin 1814 (*J. Av.*, t. 11, p. 68), et de Bordeaux, 9 mai 1834 (t. 47, p. 456), n'ont pas hésité à prononcer la nullité d'enquêtes auxquelles la partie avait été assignée à son domicile : c'est ce qu'enseignent MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 356, n° 4; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 289, not. 30; DALLOZ, t. 6, p. 859, n° 2; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 509; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 452; BOITARD, t. 2, p. 201; MERLIN, *Quest.* de droit, v° *Enquête*, § 1er, n° 3, et BONCENNE, t. 4, p. 271 et 275. Peu importe, d'après les motifs que

---

J. Av., t. 11, p. 134, et Nîmes, 14 août 1828; t. 36, p. 251.) Les art. 261 et 1033, sur lesquels se sont fondés ces deux arrêts, ne peuvent pas permettre une autre solution.]

(1) C'est pourquoi la Cour de cassation, section civile, par arrêt du 10 décembre 1811, a décidé qu'une Cour d'appel, en déclarant nulle une assignation, et par suite l'enquête, sur le motif que cette assignation avait été donnée aux défendeurs à leur domicile réel, et non à celui de leur avoué constitué, s'était littéralement conformée à la disposition de l'art. 261. (*S.*, 1812, 1re part., p. 145, et *J. Av.*, t. 11, p. 61.)

Nonobstant cet arrêt, sur lequel nous fondions particulièrement l'opinion ci-dessus, dans notre *Analyse*, n° 891, la Cour de Rennes a décidé le contraire, par un arrêt de la 3e chambre, du 30 août 1817, en déclarant qu'il suffisait que la partie eût été assignée à son domicile, et que les noms, professions et demeures des témoins eussent été notifiés plus de trois jours francs avant l'audition.

La première chambre, par arrêt du 11 du même mois, avait admis le système opposé, et nous pensons que l'on doit s'en tenir à cette décision, conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation.

[Ces deux arrêts sont aussi rapportés au *J. Av.*, t. 11, p. 61.]

nous venons d'en donner, que l'enquête ait lieu dans la ville où réside le tribunal, ou dans un lieu plus rapproché du domicile de la partie, comme l'ont décidé les arrêts cités en note par M. Carré, et un autre de la Cour de Rennes, du 24 août 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 107), d'après lequel, lorsqu'un tribunal procède à une enquête en vertu de commission rogatoire, c'est toujours au domicile de l'avoué près le tribunal qui a donné la commission, que la partie doit être assignée, et par conséquent, au domicile de l'avoué près la Cour, et non de celui près le tribunal, si c'est la Cour qui a ordonné l'enquête, et qu'elle ait retenu l'exécution (arrêt de la Cour de Toulouse, 19 mars 1831, *J. Av.*, t. 43, p. 504). Le 21 mars 1837 (*J.P.*, t. 2 de 1837, p. 389), la Cour de Paris a néanmoins excepté le cas où le défendeur aurait constitué avoué devant le tribunal commis, ce qu'il n'est pas obligé de faire, comme on le verra sous la *Quest.* 1020 *bis.*

Tous les détails de la disposition qui nous occupe sont d'une extrême rigueur. Ainsi, il ne suffirait pas que l'avoué fût assigné lui-même avec invitation de faire trouver sa partie présente; c'est la partie, dit notre article, qui doit être personnellement assignée, c'est là un point enseigné par MM. MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Enquête*, § 1er, n° 1; BONCENNE, t. 4, p. 274; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 453, et DALLOZ, t. 6, p. 859, n° 3, et consacré par arrêts des Cours de Rennes, 5 et 15 avril 1813 (*J. Av.*, t. 13, p. 206); de Turin, 24 août 1810, et de Bruxelles, 11 mars 1813 (*J. Av.*, t. 11, p. 90); en sorte que l'on blâme généralement une décision de la Cour de Nancy, 10 janvier 1812 (*J. Av.*, t. 11, p. 114), qui admet qu'une sommation faite à l'avoué personnellement d'être présent à l'enquête, suivie d'une assignation donnée à la partie à son domicile, peut remplacer l'assignation exigée par l'art. 261.

Au reste, comme c'est à la partie que l'assignation doit être adressée, elle serait nulle, si elle était remise à la personne de l'avoué hors de son domicile; car ce n'est pas lui qui a qualité pour la recevoir, c'est seulement son domicile qui se trouve substitué à celui de la partie : ainsi l'a jugé la Cour d'Angers, par arrêt du 16 janv 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 83). Il en serait de même si elle était remise à la personne de la partie, quoiqu'on puisse dire qu'en général un exploit ne se remet à domicile, ou dans tout autre lieu désigné, qu'à cause de la difficulté de le remettre à la personne qu'il concerne; mais il est évident qu'il y a ici exception à cette règle, puisque la loi a voulu que, par le même acte, et l'avoué et la partie fussent également prévenus.

Il est superflu de faire observer que le même exploit peut contenir la signification à avoué de l'arrêt confirmatif du jugement de preuve, et l'assignation à la partie au domicile de son avoué, *Cass.*, 17 décembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 391); et que, lorsque, depuis le jugement, l'avoué est décédé, on rentre dans le cas où la partie n'a point d'avoué, et où, par conséquent, elle doit être assignée a son domicile; Bruxelles, 15 avril 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 351). Un seul arrêt, rendu par la Cour de Liége, le 20 février 1812 (*J. Av.*, t. 11, p. 116), contrarie les principes que nous venons de rappeler, en disant que l'assignation peut être signifiée valablement à la partie elle-même. Le 4 décembre 1834 (*Journ.* de la Cour de Bruxelles, 2e part. de 1835, p. 104), la même Cour de Liége a validé une assignation remise à la partie elle-même, trouvée au domicile de son avoué. Cette circonstance particulière peut et doit même justifier sa décision. Lorsque deux parties ont été admises à faire une enquête contre une troisième, celle des deux qui poursuit doit appeler la troisième à l'audition des témoins, mais elle n'est point tenue d'y appeler celle qui, comme elle, a été admise à faire l'enquête. La Cour de Bourges a eu occasion de le décider ainsi, le 10 juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 592); elle a ajouté que la partie assignée ne peut se plaindre de ce que celle des deux parties qui poursuit l'enquête n'y a pas appelé l'autre.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 95, 96.

[[**1018** bis. *L'assignation, donnée à une partie au domicile de son avoué pour être présente à une enquête, doit-elle être faite dans la forme des exploits d'ajournement?* Voy. Q. 296.

Oui, sans doute; car, ainsi que nous l'avons dit sous le numéro précédent, c'est la partie elle-même, et non son avoué, qui doit être personnellement assignée. Or, y a-t-il d'autre moyen d'assigner une partie que l'exploit d'ajournement? qui prétendra qu'un acte d'avoué à avoué serait une assignation à partie? N'y aurait-il pas, d'ailleurs, des inconvénients à le faire ainsi; ne sait-on pas la négligence avec laquelle sont remis et reçus les actes d'avoué à avoué?

Notre opinion est celle de MM. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 510; Berriat-Saint-Prix, p. 289, not. 30; Favard de Langlade, t. 2, p. 353, n° 2; Merlin, *Rép.*, t. 8, p. 665, et *Quest.* de droit, v° *Enquête*, § 1, n° 2; Dalloz, t. 6, p. 859, n° 4; Thomine Desmazures, t. 1, p. 453, et Boncenne, t. 4, p. 273; nous l'avions nous-même exprimée dans notre *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 283, n° 18.

Quoique deux arrêts de la Cour de Turin, des 5 décembre 1810 et 5 août 1811, aient semblé méconnaître ce principe, il a été formellement consacré par les arrêts de la Cour de cassation, des 27 décembre 1808, 24 décembre 1811, 4 janvier 1813; de la Cour de Rouen, du 17 mai 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 49), et de celle de Nancy, du 5 avril 1830, qui tous se prononcent pour la nullité, si l'assignation n'a pas été faite dans la forme des exploits, ou même s'il y a été omis quelqu'une des formalités que cette nature d'acte exige, comme la demeure et l'immatricule de l'huissier, l'indication de la personne à laquelle la copie est remise, etc. Toutefois, l'arrêt du 27 décembre 1808 décide que l'erreur, dans la désignation du domicile, ou l'omission de cette désignation n'entraîne pas nullité. Cette solution nous paraît juste; elle tient à ce que l'assignation doit être donnée au domicile de l'avoué; M. Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 511, le pense ainsi.

Quant à la constitution d'avoué, que l'art. 61 exige pour tout exploit d'ajournement, elle serait également inutile dans l'assignation dont il s'agit ici, puisque, l'instance étant déjà liée, les parties connaissent respectivement les avoués. Une assimilation ne peut jamais être parfaite; il ne faut l'entendre qu'avec les modifications qu'exige la différence des positions. Aussi, nous ne concevons pas un arrêt de la Cour d'Orléans, du 5 mars 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 365), qui a prononcé la nullité d'une pareille assignation, *attendu que toute assignation doit contenir constitution d'avoué.* La Cour de Liége, au contraire, par un arrêt très bien motivé, du 25 mars 1835 (*Journ.* de la Cour de Bruxelles, 1835-49), a décidé que cette mention était inutile.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 97.

[[**1018** ter. *L'assignation signifiée au domicile de l'avoué pour assister à l'enquête doit-elle, à peine de nullité, être donnée en autant de copies qu'il y a de parties pour lesquelles il occupe?*

L'affirmative sur cette question résulte encore du principe qui nous a dirigé jusqu'ici: puisque l'assignation doit être donnée à partie, puisqu'elle doit l'être dans la forme des exploits, il s'ensuit nécessairement qu'il faut autant de copies qu'il y a de personnes assignées. Si on n'en laissait qu'une, ce ne serait point les parties qui auraient été assignées, mais l'avoué seulement. Et comment ferait celui-ci pour remettre à chacun de ses clients la copie qui doit lui faire connaître les noms des témoins et l'avertir du jour où il doit se rendre?

La jurisprudence est bien fixée dans ce sens. Car notre solution a été adoptée, *in terminis*, et alors même que toutes les parties avaient le même intérêt, par

arrêts des Cours de Dijon, 14 mars 1818 (*J. Av.*, t. 11, p. 161); Limoges, 8 févr. 1823 (t. 25, p. 41); Rouen, 6 mars 1828 (t. 34, p. 308); Bordeaux, 18 décembre 1827 (t. 35, p. 46); Bruxelles, 27 juillet 1825 (*Journ.* de cette Cour, 1825, t. 2, p. 175); Metz, 25 août 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 725); Colmar, 25 août 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 356); Cass., 23 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 26, p. 264), et 28 janv. 1826 (t. 30, p. 352). Il n'existe que deux arrêts en sens contraire, l'un de la Cour de Paris, du 29 mai 1824 (t. 26, p. 264); l'autre de Besançon, 5 juillet 1816 (*Journ.* de cette Cour, t. 3, p. 174); ces deux arrêts sont très peu motivés.

Quelques arrêts ont été rendus dans des cas particuliers : la Cour de Bordeaux a exigé (arrêt du 17 mai 1831 *J. Av.*, t. 41, p. 642), qu'une copie d'assignation à l'enquête fût laissée à chacun des époux, quoique le mari ne fût en cause que pour assister sa femme. Cette solution, peut-être trop sévère, a été repoussée par la Cour de Bruxelles, le 11 nov. 1828. La Cour de Metz a prescrit aussi deux copies, l'une pour le tuteur, l'autre pour le mineur, 25 août 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 725); mais la Cour de Nîmes, 6 nov. 1826, a pensé qu'il suffisait d'une seule copie signifiée au tuteur, alors même que, la mineure étant mariée, son mariage aurait été dénoncé avant l'audition des témoins : cette dernière circonstance aurait pu déterminer une autre solution.

L'affirmative de notre question a été adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE t. 3, p. 355; DALLOZ, t. 6, p. 859, n° 4; MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Enquête*, § 2, et *Répert.*, v^is^ *Surenchère*, n° 3, 3°; et *Domicile élu*, § 3, n° 3 *bis*; et BONCENNE, t. 4, p. 274.

Au reste, il serait suffisamment constaté que le nombre de copies nécessaire a été remis, si l'exploit se terminait par cette mention : « laissé les présentes auxdits N... N... N... en parlant à. » C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 23 novembre 1831, DALLOZ, 1831-1-365. *Voy.*, au surplus, notre *Quest.* 348 *ter*.]]

1019. *Comment se calcule le délai de trois jours prescrit par l'art.* 261 ?

Il se calcule comme le délai d'un jour franc, qui a fait l'objet de la *Quest.* 1016e.

Ainsi, l'assignation doit être notifiée à la partie contre laquelle l'enquête est reçue, *trois jours au moins* avant l'audition des témoins, c'est-à-dire cinq jours, à partir de la notification *inclusivement*, jusques et *inclus* celui de l'audition.

[[Nous pensons aussi que ces trois jours doivent être francs, et c'est l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 511; DALLOZ, t. 8, p. 888, n° 10; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 289, not. 29; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 453, et BONCENNE, t. 4, p. 270, à la note, sanctionné d'ailleurs par deux arrêts de la Cour de Bruxelles, des 10 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 109), et 27 juillet 1825 (*Journ.* de Bruxelles, 1825-2-175). Le projet portait *trois jours francs;* ce dernier mot fut supprimé comme inutile à cause de l'art. 1033.]]

1020. *Ce délai de trois jours est-il susceptible de l'augmentation à raison des distances, quoique l'assignation doive être donnée au domicile de l'avoué?* [[*Doit-il être doublé?*]]

Nous avions résolu négativement la question d'augmentation, n° 893 de notre Analyse, conformément à un arrêt de la Cour de cassation, du 22 novembre 1810, et à l'opinion de MM. Hautefeuille et Thomine, éd. in-8°; mais nous faisions remarquer que la jurisprudence des Cours n'était pas uniforme. (*V.*, en effet, au Code annoté de M. Sirey, les arrêts cités n°s 8 et 9.)

Aujourd'hui, toute incertitude semble levée par un arrêt de la Cour de cassation, du 11 janvier 1815 (*S.*, t. 15, 1re part., p. 255, et *J. Av.*, t. 11, p. 141),

d'après lequel le délai doit être augmenté, conformément à l'art. 1033, d'un jour à raison de trois myriamètres de distance du domicile de l'avoué où l'assignation serait donnée, au lieu où l'enquête doit se faire (1)

Il est peu de questions sur lesquelles la jurisprudence soit aussi divergente que sur celle-ci. On peut voir, dans notre *Dict. gén. de Proc.*, v° *Enquête*, nos 247 et suiv., les innombrables arrêts qui l'ont jugée en sens divers.

Cependant nous devons dire que la Cour de cassation a persisté, les 2 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 26, p. 264); 28 janvier 1826 (t. 30, p. 352), et 7 décembre 1831 (*D.*, 1832-1-21), en audience ordinaire et en audience solennelle, dans la solution affirmative qu'elle avait adoptée par son arrêt du 11 janvier 1815, cité par M. Carré, mais sans borner, comme le fait M. Carré dans sa note, la nécessité de l'augmentation à la distance qui sépare le domicile de la partie du lieu de l'enquête; elle l'applique également à celle qui se trouve entre le domicile de l'avoué et celui de la partie, par cette considération que l'assignation est donnée principalement pour la partie, et qu'il faut que celle-ci soit avertie par son avoué, afin de lui transmettre ou de lui apporter les renseignements nécessaires, relatifs aux reproches ou à tout autre circonstance; nous croyons que c'est là le véritable motif de décider: la partie seule peut savoir ce qu'il faudra pour reprocher les témoins, obtenir d'eux des éclaircissements, etc. Au reste, la distance du lieu de l'enquête doit aussi entrer en ligne de compte pour la supputation des délais, comme l'ont spécialement décidé les Cours de Bruxelles, 27 juillet 1825 (*Journ.* de cette Cour, 1825-2-175); de Colmar, 15 juillet 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 174), et de Nîmes, 31 août 1827 (t. 41, p. 530), et 11 janvier 1832 (t. 42, p. 163).

Les arrêts les plus récents sur cette question sont ceux de la Cour de Poitiers, du 17 novembre 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 36), qui se prononce pour l'augmentation, et de la Cour de Bordeaux, du 15 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 475), qui décide en sens inverse.

L'arrêt de la Cour de Poitiers a dû l'envisager encore sous un autre point de vue; il s'agissait de savoir si, en vertu de la dernière disposition de l'article 1033, le délai ne devait pas être augmenté de deux jours au lieu d'un, à raison de trois myriamètres.

La Cour de Poitiers a considéré qu'en matière d'enquête, il n'y a pas lieu à voyage, envoi, ni retour, et que ces mots ne peuvent s'appliquer qu'au cas de la garantie et de la saisie-arrêt, où il y a nécessité pour une partie de justifier qu'elle a envoyé des pièces, et que ces pièces sont retournées. La Cour de Nîmes avait consacré le même principe par un arrêt du 11 janvier 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 163); elle a changé de jurisprudence le 18 juillet 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 165); le tribunal de Segré avait, le 3 oct. 1828 (*Courr. des Trib.* de ce jour), accordé la double augmentation, et le 22 juillet 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 621), la Cour de Limoges avait jugé dans le même sens.

Pour la solution que nous avons adoptée sur la question principale, nous pouvons invoquer encore l'autorité de MM. MERLIN, *Quest.* de droit, v° *Enquête*, § 3; BONCENNE, t. 4, p. 275; DALLOZ, t. 6, p. 862, n° 7; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 356, n° 5; PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 511, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 453

(1) Il importe de remarquer ici que la Cour de Rennes a jugé, le 25 février 1820 (*J. Av.*, t. 11, p. 49, 7e espèce), qu'il résultait des art. 261 et 1033, et de l'arrêt de la Cour de cassation ci-dessus, que, si cette Cour a pensé qu'il y avait lieu à une augmentation de délai au-delà de celui prescrit par l'art. 261, ce devait être à raison du domicile de l'avoué de la partie assignée pour être présente à l'enquête, et non à raison du domicile réel de la partie assignée au même lieu : d'où suit que, si l'enquête se fait au lieu même du domicile de l'avoué, il n'y a lieu à aucune augmentation de délai.

Quant à la question accessoire, sur laquelle M. BONCENNE, t. 4, p. 28, n'hésite pas à adopter la dernière opinion de la Cour de Poitiers, nous nous réservons de la traiter sous l'art. 1033, *Q.* 3410, en présentant le sens qu'on doit attacher, selon nous, à ces expressions si ambiguës : *Voyage envoi et retour.*]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 101 et s.

[[**1020** bis. *Lorsqu'un jugement par défaut, faute de constituer avoué, ordonne une enquête, la partie défaillante, pour pouvoir assister à cette enquête et y proposer des reproches contre les témoins, est-elle tenue de constituer préalablement avoué?*

MM. Carré et Boncenne, consultés par nous sur cette question en 1828, ont adopté l'affirmative, et la négative a paru plus convenable à M. Thomine Desmazures.

Les raisons sur lesquelles se fondent les deux premiers jurisconsultes ne sont pas identiques ; M. Carré prétend que jamais une partie ne peut se présenter en justice, soit pour comparaître à l'audience, soit pour être présente à un acte d'instruction, sans assistance d'avoué ; qu'il lui en faut un pour plaider, qu'il faut lui en constituer un pour s'opposer si elle a laissé défaut, et qu'elle ne peut être dispensée, lorsqu'elle a fait défaut sur l'ajournement, d'une semblable obligation, par cette sorte de désobéissance en justice ; qu'on doit donc en conclure qu'elle ne peut comparaître, assister ni coopérer à aucun acte judiciaire sans un avoué.

M. Boncenne motive ainsi son opinion : il suppose que la partie soit venue seule à l'enquête faire des interpellations, et il dit : « Cette partie se sera donc défendue sans le ministère de l'officier dont la loi impose l'assistance au plaideur? l'enquête faite, il faudra rendre le jugement définitif ; or, ce jugement sera-t-il contradictoire ou par défaut?

« Il ne pourra pas être par défaut, puisque la partie aura comparu aux actes d'instruction, et y aura pris part, quand bien même elle ne comparaîtrait pas à l'audience.—Il ne sera pas non plus légalement contradictoire, puisque cette partie n'aura pas d'avoué constitué.

« La raison et la loi repoussent également une si ridicule anomalie. Pour s'en sauver, il n'y a qu'un moyen, c'est celui de forcer cette partie à constituer un avoué, si elle veut se présenter à l'enquête. Ne le fait-elle pas? tout se continue par défaut ; elle ne peut figurer dans les actes de l'instance ni du jugement ; le fait-elle? tout rentre dans les voies de l'ordre et du bon sens. »

Pour soutenir cette opinion, on dit encore que, les enquêtes ayant lieu devant un commissaire, le commissaire représente le tribunal, et que, de même que la partie n'eût pu se produire devant le tribunal sans avoir constitué avoué, elle ne le peut devant le commissaire qui remplace le tribunal, sans cette même constitution ; que d'ailleurs, en obligeant toutes parties plaidantes à constituer avoué, la loi a voulu leur imposer un conseil éclairé qui les guidât, qui les sauvât de leurs propres écarts, qui veillât pour elles à l'observation de formes protectrices, et on ajoute : si la partie n'est pas assistée d'un avoué lors d'une enquête, qui proposera les reproches? qui protestera contre les nullités?

M. Thomine Desmazures, s'étayant des articles 261 et 270 Cod. proc. civ., pense qu'il en résulte que « la partie peut, en l'absence et sans l'assistance de son avoué, faire ses observations au juge-commissaire (1). Car ce n'est

(1) [C'est aussi l'opinion que M. THOMINE DESMAZURES a exprimée dans son *Comm.* du Code de procédure civile, t. 1, p. 46. En 1828, ce vénérable auteur avait bien voulu nous écrire son avis.]

point une demande, une défense, une signification qui soit essentiellement du ministère des avoués, le juge peut interroger directement la partie sur les reproches qu'elle propose, ou qu'elle aurait à proposer, comme le témoin sur son témoignage; et il conclut de ces divers principes que, lorsqu'un jugement par défaut a ordonné une enquête, la partie défaillante peut y assister sans être tenue de constituer préalablement avoué. Ce préalable n'est pas indispensable, dit-il; cette condition n'est imposée ni par l'art. 261, ni par l'art. 270 Cod. proc. civ., et le texte comme l'esprit de ce dernier article me paraissent autoriser la comparution personnelle de la partie sans assistance d'avoué; mais si la partie veut ensuite discuter et faire valoir ses reproches, elle ne pourra le faire que par le ministère d'un avoué. »

Avant d'exprimer notre opinion sur cette importante difficulté, il nous paraît nécessaire de mettre en regard des diverses opinions qu'on vient de lire, les objections qui peuvent tendre à les combattre D'abord, M. Thomine Desmazures répond au motif tiré de ce que l'enquête est un acte d'instruction, parce que réellement un acte d'instruction peut ne pas être un acte de postulation, et la partie n'est pas au reste dispensée de constituer avoué, parce qu'elle a primitivement désobéi à la justice; car, comme le fait observer le même professeur, si elle veut donner suite à sa comparution devant le juge-commissaire, elle est alors forcée d'employer le ministère d'un avoué, et, si elle ne le fait pas, sa comparution sera comme non écrite, si on peut s'exprimer ainsi. Quant aux inconvénients tirés de l'inexpérience de la partie sont-ils aussi graves qu'on le prétend? S'il s'agit de reproches, c'est la partie seule qui, ayant connaissance des reproches, peut les proposer, et, par conséquent, lorsque l'avoué assiste, il n'est que l'interprète des volontés de son client; les procédures de l'enquête regardent le juge-commissaire, qui est responsable de toutes les nullités; il n'y aurait que celles dont pourraient être entachés les actes antérieurs à la comparution de la partie; mais serait-il bien nécessaire à l'ordre public qu'une partie n'eût pas le droit de demander la nullité de l'assignation, lorsqu'elle comparaît en vertu de cette même assignation?

Ne pourrait-on pas répondre à l'honorable M. Boncenne que le jugement qui interviendra après la clôture de l'enquête n'en sera pas moins par défaut, quoique la partie ait comparu à cette enquête? Seulement, comme nous venons de le dire, la comparution devra être regardée comme non avenue.

Quels peuvent donc être, au reste, les inconvénients de permettre à la partie d'assister à l'enquête avant d'avoir constitué avoué, puisque, dans le cas contraire, on la forcerait de former contre le jugement par défaut une opposition qui, aux termes de l'art. 162, Code de procéd. civ., annulerait le premier jugement et l'enquête qui n'en serait que le résultat?

Si nous examinons bien attentivement toutes les dispositions du titre de l'enquête, il nous semble résulter, des divers articles qui le composent, que le législateur a considéré cet acte d'instruction comme étant beaucoup plus dans la sphère des connaissances de la partie, que dans les attributions habituelles des avoués. Il a dû assimiler l'enquête à une descente sur les lieux, à une comparution personnelle, enfin à une prestation de serment, tous actes dans lesquels le fait parle plus haut que le droit.

L'art. 261 prescrit impérieusement l'assignation de la *partie* pour comparaître à l'enquête; l'art. 270 veut que la *partie* propose les reproches, s'il y a lieu, l'art. 275 veut que la *partie* signe le procès-verbal, ou déclare ne savoir signer; et il y aurait nullité, si cette formalité n'avait pas été remplie.

Revenons à l'art. 261 : qu'y lisons-nous? Si la partie a constitué avoué, cette constitution est assimilée à une élection de domicile dans une inscription; c'est donc à ce domicile élu que la partie doit être assignée, et le dernier état de la jurisprudence exige qu'on ajoute le délai de l'art. 1033 au délai de l'art. 261 (*J. Av.*, v° *Enquête*, n° 20, et *suprà*, *Quest.* 1020); mais si la partie est défaillante, c'est à son domicile que l'assignation doit être remise.

Si on avait considéré l'enquête non pas comme un simple acte d'instruction, mais comme une suite de procédure devant un tribunal, ce n'est pas par assignation qu'il aurait fallu procéder, mais bien par avenir, et il y avait impossibilité dans le cas de défaut.

Si la partie ne pouvait assister à l'enquête sans avoir constitué un avoué, ce n'était pas une assignation qu'il fallait lui donner, mais bien un avertissement de constituer un mandataire qui pût la représenter à cette enquête, ou, du moins, l'aider de ses conseils.

Comme l'a encore indiqué M. Thomine Desmazures, il importe beaucoup de se fixer sur cette première question de savoir si la partie, qui a constitué avoué, peut assister à l'enquête sans l'assistance de cet avoué; le savant professeur l'a établi en droit, nous pouvons dire que, dans la pratique, il est arrivé souvent que la partie ait assisté à une enquête, sans être accompagnée de son avoué (1). Mais nous croyons que pour établir d'une manière péremptoire la négative de la question qui nous a été proposée, il suffit de démontrer que 1° l'avoué constitué est souvent dans l'impossibilité d'assister sa partie; 2° qu'en interprétant l'art. 261, comme le font MM. Carré et Boncenne, la partie défaillante pourrait être mise en position de ne pas pouvoir assister à l'enquête, parce qu'elle n'aurait pas eu le temps de constituer un avoué.

Quelques exemples suffiront pour faire sentir la vérité de ces deux propositions.

Premier exemple. Le tribunal de Paris ordonne une enquête qui devra être faite dans l'arrondissement de Strasbourg, et le tribunal de cette dernière ville commet le juge de paix de Molsheim, pour entendre les témoins; l'avoué, qui a obtenu ce jugement, ainsi que l'avoué du défendeur, n'ayant aucun caractère public au-delà de l'arrondissement du tribunal de Paris, ne pourront aller à Molsheim diriger la comparution de leurs clients devant le juge de paix; le juge-commissaire sera donc obligé d'écouter les parties elles-mêmes, et de consigner sur le procès-verbal leurs dires et observations.

Second exemple Le tribunal civil de Paris ordonne une enquête contre un sieur Dulac, domicilié à Aix; les faits du procès nécessitent l'audition de témoins dans le département des Bouches-du-Rhône; Dulac a constamment fait défaut, et on l'assigne à son domicile; cette notification a lieu le 1er mars 1828; l'audition des témoins a été fixée, par le juge-commissaire, au 5 mars de la même année. Si Dulac, pour assister à cette enquête, est tenu préalablement de constituer avoué, il doit envoyer à un avoué de Paris la notification qui lui a été faite, avec pouvoir de se constituer pour lui; et si l'on ajoute le renvoi de l'original à la partie, original qui lui sera nécessaire pour prouver qu'elle a constitué avoué, personne ne niera que l'accomplissement de ces

---

(1) [*Voy.* dans le recueil de M. DALLOZ, 1828-2-67, un arrêt de la Cour de Caen, du 27 août 1827, qui décide que la présence de la partie sans assistance d'avoué serait irrégulière; mais qu'elle ne vicierait point l'enquête, parce qu'elle serait considérée comme une absence : or l'enquête peut avoir lieu en l'absence des parties. (Art. 262.)]

diverses formalités ne mette le défaillant dans l'impossibilité de comparaître à l'enquête, et ne soit même dérisoire, car la constitution n'aura eu lieu évidemment que pour la forme. On n'exigera pas, sans doute, que la partie constitue avoué dans le lieu où se fait l'enquête, parce que, 1° il ne peut être constitué deux avoués dans la même affaire, et que le second avoué constitué serait obligé de cesser d'occuper immédiatement après l'enquête; 2° que ce serait la confusion du système de procéder reçu dans les tribunaux; 3° enfin, que ce serait la ruine des plaideurs, si l'audition des témoins devait avoir lieu dans plusieurs endroits différents.

On peut bien, avec la Cour de Paris, dans son arrêt du 21 mars 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p 389), admettre, comme une faculté de la partie, la constitution d'un second avoué près le tribunal auquel est adressée la commission rogatoire; mais aucun texte de la loi n'autorise à lui en faire un devoir.

Nous pensons donc, en définitive, que la partie peut se présenter à l'enquête sans avoir constitué avoué.

Nous avons été confirmé dans cette opinion en voyant M. Carré, lui-même, après une plus mûre réflexion, modifier, dans une consultation que nous rapporterons sous la *Quest.* 1025 *bis*, la première solution qu'il nous avait transmise, sans l'approfondir, dans une simple lettre. Cette consultation nous aurait même déterminé à passer sous silence la lettre de 1828, si déjà nous ne l'avions insérée au t. 38 du *J. des Av.*]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 99

1021. *La nullité de l'assignation donnée au défendeur serait-elle couverte par la contre-enquête à laquelle il ferait procéder?*

L'arrêt de la Cour de cassation, du 24 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 50), décide négativement, dans l'espèce où l'assignation était arguée de nullité pour défaut de mention de la personne à qui la copie en avait été laissée. La Cour a considéré que cette nullité n'avait pu être couverte, ni par la déclaration faite en jugement, par l'avoué du défendeur, que cette copie lui avait été remise et qu'il l'avait ensuite rendue à son client, avant le jour fixé par l'enquête, ni par la contre-enquête faite depuis pour celui-ci, 1° parce que la formalité du *parlant à*, étant intrinsèque et essentielle dans un exploit d'assignation, doit être constatée par l'acte même, et ne peut être suppléée par aucun témoignage ni par aucun aveu; 2° parce qu'une contre-enquête n'est pas une de ces défenses au fond, qui puisse couvrir une nullité primitive.

Et, en effet, pour qu'une nullité puisse être ainsi couverte, il faut que la défense fournie soit la suite nécessaire de l'assignation qu'on voudrait ensuite faire déclarer nulle; mais, dans l'espèce, il n'en était pas de même de la contre-enquête à laquelle il avait été procédé, puisqu'elle n'avait pas eu lieu en vertu de l'assignation ensuite arguée de nullité, mais en vertu d'une ordonnance *ad hoc*, qui l'avait permise, et en exécution de laquelle le défendeur à l'enquête directe avait dû lui-même faire assigner sa partie adverse.

Ainsi, la contre-enquête ne dérivant, en aucune manière, de l'assignation nulle, en étant absolument indépendante, ne peut avoir l'effet de couvrir la nullité de l'assignation.

On remarquera que ces principes se trouvent en harmonie avec la solution que nous avons donnée sur la 461e *Quest.* (1).

---

(1) La nullité de l'enquête ne serait pas couverte même par des défenses au fond, signifiées antérieurement au jour fixé pour l'enquête. (Rennes, 21 août 181..)

A plus forte raison, l'enquête devrait-elle être considérée comme non avenue, si la par-

[[Ils ont encore été appliqués par la Cour de Nancy, le 5 avril 1830 (S. 31-1-394), et par celle de Colmar, le 15 juillet 1833 (*J Av.*, t. 46, p. 174). La première de ces deux Cours exige néanmoins que le défendeur n'ait procédé à la contre-enquête qu'après s'être réservé tous ses droits et moyens de nullité.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 505, pense qu'une pareille réserve ne suffirait pas pour mettre à l'abri d'une déchéance. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 19 août 1808 (*J. Av.*, t. 12, p. 449). Il y a, en effet, une grande différence entre une réserve vague, et celle qui serait spéciale et précisée ; celle-ci, faisant connaître à l'auteur de l'enquête en quoi pèche la poursuite, peut le déterminer à l'abandonner et à ne pas augmenter les frais; l'autre, le laissant dans l'incertitude, ne saurait produire le même effet. Cependant aucune réserve ne nous paraît indispensable, par le motif qui nous détermine sur la question principale qui fait l'objet de ce numéro. (*Voyez* la question suivante.)

L'opinion de M. Carré a été adoptée par MM. DALLOZ, t. 6, p. 868, n° 11; et MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Nullité*, § 3, n° 8.

Au contraire, M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 504, la combat, et voici la distinction sur laquelle il se fonde. Le demandeur, en procédant à son enquête, ne couvre pas les nullités de la contre-enquête, parce que, en sa qualité de demandeur, il est tenu de prouver, et sa preuve n'en est pas moins indispensable, quoique celle de son adversaire soit nulle ; mais le défendeur qui procède à la contre-enquête couvre les nullités de l'enquête directe, car sa preuve à lui ne devient nécessaire qu'autant que celle de son adversaire sera valable; il en reconnaît donc la validité, en préparant ses armes pour la combattre au fond.

Quoique ce raisonnement ait quelque chose de spécieux, nous préférons adopter l'opinion de MM. Carré et Dalloz, et appliquer indistinctement les mêmes principes au défendeur et au demandeur. Une nullité que l'on croit exister dans une procédure peut cependant n'être pas accueillie par les tribunaux, il n'est donc jamais prudent de négliger la défense au fond ; or, d'après les principes en matière d'exception, il suffit que la contre-enquête ne soit pas la suite nécessaire de la procédure qu'on voudrait faire déclarer nulle, pour que l'emploi de cette précaution subsidiaire ne puisse faire encourir aucune déchéance. Cependant nous reconnaissons que le contraire a été décidé par l'arrêt de la Cour de Paris cité plus haut. M. BONCENNE, t. 4, p. 292, s'élève contre cette jurisprudence, en se fondant sur ce que la *contre-enquête ne dérive point de l'enquête principale.*]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 125.

1022. *La nullité d'une assignation donnée pour assister à l'enquête, peut-elle être couverte par la présence de l'avoué ou de la partie à l'audition des témoins?* [[*Lorsqu'en première instance les reproches proposés ont été rejetés et que le tribunal a ordonné de plaider au fond, peut-on de nouveau proposer les mêmes reproches en appel? Y a-t-il des nullités qui puissent en cette matière être considérés comme des nullités d'ordre public?*]]

La Cour de Rouen, par arrêt du 22 mars 1810 (*S.*, t. 11, , p. 64; 2e part., et *J. Av.*, t. 12, p. 471, a jugé la négative, dans une espèce où l'assignation avait été donnée par acte d'avoué à avoué.

Nous croyons devoir rapporter les considérants de cet arrêt, attendu qu'ils concourent à prouver la solution de la question précédente.

---

tie, au moment même de la comparution des témoins, excipait de ce que l'assignation ne lui donne pas le délai de trois jours francs. (Rennes, 27 février 1811, et *suprà*, n°s 1019 et 1020.)

Ils sont fondés,

1° Sur ce que, dans l'espèce, il n'y avait point eu d'assignation donnée par la partie demanderesse à la partie défenderesse en enquête, mais seulement signification d'un acte d'avoué à avoué;

2° Sur ce que l'assignation exigée par la loi a le double but d'indiquer au défendeur le jour où il doit comparaître, et de lui faire connaître le délai qui lui est accordé pour s'assurer de la moralité et de la légalité des témoins, et conséquemment de le mettre à portée de fournir ses reproches en connaissance de cause.

La Cour de Rouen a conclu que la nullité radicale de l'assignation, ou, ce qui est la même chose, le défaut d'assignation étant un vice essentiel qui tient, dans les intérêts du défendeur, à la substance de l'enquête, une pareille nullité n'avait pu être couverte par la comparution de l'avoué.

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat* tirent des motifs de cette décision une conséquence plus étendue, et pensent que la partie qui n'aurait pas été assignée pour assister à l'enquête ne couvrirait pas par sa comparution, la nullité dont il s'agit.

Cette opinion ne nous paraîtrait devoir être suivie qu'autant que le défendeur ne se serait présenté que par hasard, et qu'il n'eût pris aucune part à l'enquête, soit en adressant des interpellations aux témoins, soit en apposant sa signature au procès-verbal.

[[La solution de M. Carré ne nous semble pas en harmonie avec le principe de l'art. 173 du Code de procédure civile, et le peu de faveur que la loi et la jurisprudence accordent aux exceptions de nullité. La comparution de la partie à l'enquête de son adversaire ne peut être considérée, ainsi que nous l'avons fait pour sa contre-enquête (*Question précédente*), comme une défense séparée, indépendante de la procédure qu'elle entend attaquer; au contraire, c'est une participation entière, et par conséquent un assentiment tacite à cette procédure. Nous croyons donc que cette comparution aura pour effet de couvrir tant les nullités de l'assignation que toutes autres qui auraient pu être commises antérieurement, et que, pour éviter cette déchéance, de simples réserves ou protestations ne suffiraient pas; il faudrait une proposition formelle, de laquelle on demanderait acte au juge-commissaire, et qui devrait être reproduit avant toutes conclusions sur l'enquête elle-même.

C'est aussi l'opinion de MM. DALLOZ, t. 6, p. 868, nos 12 et 13, et BONCENNE, t. 4, p. 291 (1). Voici maintenant, sur cette difficulté, qui peut se présenter sous des points de vue si multipliés, l'état de la jurisprudence.

Les nullités qui résulteraient d'une enquête sont couvertes par la présence des parties à cette enquête, Grenoble, 13 avril 1809 (*J. Av.*, t. 12, p. 464); Bourges, 22 juillet 1828 (*Journ.* de cette Cour, 7e année, p. 217); Angers, 17 août 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 510); Metz, 16 novembre 1819 (t. 12, p. 473); et Cass., 21 août 1835 (t. 50, p. 290) (2). Par exemple, la nullité qui consisterait en ce que

---

(1) [Nous n'admettons pas cependant le motif de cet auteur, quand il ajoute: *on était libre de ne pas comparaître, de ne pas interpeller, de ne pas reprocher.* Ce motif s'appliquerait même au cas où la nullité spéciale proposée a été consignée sur le procès-verbal, et ce serait aller trop loin. Le juge peut se tromper en rejetant un moyen de nullité fondé : il ne faut pas exposer une partie à ne plus être en position *de reprocher et d'interpeller;* qu'on se rappelle que M. BONCENNE lui-même, t. 3, p. 295, permet, à celui qui a reçu un exploit nul, de venir, l'exploit à la main, en demander la nullité. (*V.* notre *Quest.* 739 *bis*, § 7.)]

(2) [Ce dernier arrêt est rendu dans l'espèce d'une nullité tirée de ce qu'un avocat appelé à siéger, avait été nommé commissaire à l'enquête. Mais il déclare aussi implicitement que cette nullité était mal fondée, comme nous l'avons déjà fait remarquer à la note de la *Quest.* 983.]

les témoins ont été désignés d'une manière insuffisante, si toutefois il n'y a eu de la part de la partie ni protestation, ni réserve, Caen, 4 août 1827 (t. 37, p. 123); Cass., 30 juillet 1828 (t. 35, p. 327), ou même si cette protestation s'est bornée à des conclusions en annullation de l'enquête, vaguement et sans exposer les motifs d'annullation; Bordeaux, 4 février 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 3, p. 86); Bourges, 30 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 579). La nullité de l'assignation à la partie fondée sur l'erreur de nom, n'est pas proposable après qu'un jugement contradictoire a prorogé l'enquête, sans que la partie se soit plainte de l'irrégularité, Turin, 5 août 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 50); à moins toutefois que la partie eût contesté la demande en prorogation, Agen, 26 août 1829 (t. 42, p. 286). Et quoiqu'on puisse dire que les arbitres forcés soient assujettis, pour les enquêtes, à toutes les formes des tribunaux ordinaires (question controversée que nous examinerons en son lieu), néanmoins les parties ne sont pas recevables à demander plus tard la nullité d'une enquête faite devant des arbitres, sans jugement préalable contenant les faits, et sans assignation régulière aux témoins, si elles y ont volontairement assisté; Riom, 23 janvier 1829 (t. 41, p. 572).

Par la même raison, les protestations de nullité ne suffisent pas pour prévenir la déchéance, lorsque la partie déclare ne pas s'opposer à l'enquête, et propose même des moyens de reproche contre les témoins; Rennes, 26 août 1818, 29 et 15 novembre 1820 (*J. av.*, t. 12 p. 509 et 514). On ne peut donc, après avoir ainsi agi, demander la nullité des dépositions sous prétexte que, dans l'acte de notification, leur profession n'aurait pas été indiquée; Bordeaux, 18 mars 1830 (*Journ.* de cette Cour, 1830, p. 204). La Cour de cassation a même décidé, le 9 novembre 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 319), que plusieurs défendeurs auxquels il n'aurait été signifié qu'une copie de l'exploit d'assignation, ne peuvent, après avoir, par eux ou par leur avoué, adressé des interpellations aux témoins, faire accueillir ce moyen de nullité. Cependant, d'après la Cour de Bourges, 3 novembre 1831 (t. 41, p. 464), on peut attaquer la déposition d'un témoin comme tardive, quoiqu'on ait assisté à son audition, pourvu qu'on s'y soit opposé, parce qu'alors on a fait, pour l'empêcher, tout ce que la loi permettait de faire.

Quant à la nullité tirée de ce que le délai donné au défendeur pour assister à l'audition des témoins, n'aurait pas été augmenté à raison des distances, elle se couvre par la plaidoirie au fond, Rennes, 12 janvier 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 80); et par la comparution des parties à l'enquête, Metz, 20 juillet 1826 (t. 37, p. 88), ou par celle de l'avoué, Caen, 16 janvier 1827 (t. 33, p. 117), quand même l'avoué aurait fait, dans l'intérêt de ses clients, des protestations et réserves générales, Amiens, 18 août 1826 (*Dalloz*, 1829-2-105); Nancy, 29 mars 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 52), et Bourges, 8 mai 1829 (t. 38, p. 323), ou qu'il aurait déclaré faire réserve de ses moyens de nullité, Riom, 28 novembre 1828 (t. 36, p. 227).

Il est évident que l'avoué qui comparaît à une contre-enquête uniquement pour déclarer que l'assignation donnée à sa partie pour y assister est nulle, ou bien qu'il proteste, pour toute autre cause, contre ce qui va être fait, et qu'il n'y consent pas, ne couvre pas par sa comparution la nullité de cette contre-enquête, Toulouse, 26 juillet 1834 (t. 43, p. 723), et Bordeaux, 24 janvier 1832 (t. 43, p. 722). Il a été aussi jugé par la Cour de cassation, le 9 mars 1836 (t. 50, p. 337), qu'une partie, en invitant le juge-commissaire qui veut se démettre de ses fonctions à continuer de les remplir, n'est pas censée vouloir renoncer au droit qu'elle peut avoir de proposer une déchéance.

Nous avons à rappeler maintenant quatre arrêts, l'un de la Cour de Riom, 17 août 1827 (t. 37, p. 168); l'autre de la Cour de Nanci, 10 février 1833 (t. 47, p. 712); le troisième, de la Cour de Bourges, 30 mai 1831 (t. 41, p. 579); le quatrième

de la Cour de Colmar, 15 juillet 1833 (t. 46, p. 174), qui décident dans un sens opposé à tous ceux dont nous avons parlé jusqu'ici, que la comparution, les interpellations et même les reproches ne couvrent pas les nullités de l'assignation, ni celles résultant de l'expiration des délais. Mais ces décisions rentrent néanmoins dans le système général, si l'on remarque que, dans les quatre espèces, des réserves spéciales et précises avaient été articulées par la partie demanderesse en nullité.

Nous ne pouvons pas en dire autant d'un arrêt de la Cour de Nîmes, 31 août 1827 (t. 41, p. 530), et de ceux des Cours de Rouen et de Bruxelles, 22 mars 1810 et 6 février 1812 (t. 12, p. 471), et de Toulouse, 8 août 1832 (t. 44, p. 236). Ces arrêts se contentent de protestations vagues, ou même ils n'en exigent pas du tout, en se fondant sur ce que les nullités d'enquête seraient d'ordre public, et partant ne se couvriraient jamais, ou que, le juge-commissaire n'ayant pas qualité pour apprécier les nullités, il est inutile de les proposer expressément, ou enfin que l'avoué ne peut, par sa comparution, priver sa partie d'un droit acquis qui lui est personnel. Tous ces motifs ne renferment que des erreurs, et par conséquent ils nous paraissent peu propres à balancer l'imposante jurisprudence que nous venons d'analyser.

Nous devons examiner aussi dans quels cas les nullités d'enquête peuvent être proposées sur l'appel. Si la simple assistance à l'enquête couvre les nullités dont pouvaient être entachés les actes préliminaires, et empêche de les proposer en première instance, à plus forte raison sera-t-on irrecevable à les proposer pour la première fois en appel, si on a conclu au fond devant les premiers juges, sans articuler les nullités (1). Il nous semble en effet qu'il ne peut y avoir de renonciation plus formelle, à moins toutefois que la cause de nullité ne fût pas connue; alors on conserverait le droit de s'en prévaloir devant la Cour, car ce n'est pas là une demande nouvelle, c'est tout au plus un moyen nouveau. Telle est l'opinion de MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 299, not. 71, et de PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 547. Elle est consacrée par les arrêts des Cours de Bruxelles, 8 août 1808, 17 janvier 1810, et de Colmar, 20 février 1811 (*J. Av.*, t. 12, p. 456), et par un plus récent de la même Cour de Bruxelles, 14 mai 1831 (*Journ.* de cette Cour, 1831-1-105), qui décide qu'on n'a pas même pu se soustraire à la déchéance qu'entraînent des conclusions au fond, en se réservant simplement tous ses droits, moyens et exceptions. La Cour d'Amiens, 26 nov. 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 170), appliquant ces principes à la nullité d'un reproche tardivement proposé, décide qu'on ne peut le faire rejeter en appel par fin de non-recevoir, lorsqu'on s'est borné en première instance à en discuter le mérite au fond. Si, en première instance, la partie qui veut attaquer l'enquête de nullité avait fait défaut, on ne pourrait évidemment lui opposer aucune fin de non-recevoir. (*V.* ce que nous avons dit *Quest.* 739 *bis*, § 13, nos 5 et 7.) Qu'arriverait-il si on n'était passé à la discussion du reproche au fond qu'après en avoir proposé et soutenu l'irrecevabilité dans la forme? Il n'y aurait point de déchéance, parce qu'alors on annonce de la manière la plus formelle qu'on ne renonce pas à la nullité; on pourrait même, sans encourir cette renonciation, discuter au fond les dépositions qu'on avait d'abord arguées de nullité, et nous ne pensons pas qu'on fût déchu du droit de reproduire cette nullité en appel, parce que la discussion au fond n'est qu'une défense subsidiaire, par suite de laquelle l'affaire peut être jugée en faveur de celui qui aurait intérêt à faire rejeter soit les dépositions, soit les reproches.

---

(1) [Encore moins, pourrait-on se faire un moyen de cassation d'une nullité d'enquête qui n'aurait pas été proposée devant les juges du fond; cass., 12 juin 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 11.]

Le 8 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 418), la Cour de Limoges a fortement préjugé cette question dans le sens que nous venons d'adopter, en décidant que la partie qui, dans un mémoire imprimé, a discuté et publié les dépositions des témoins de son adversaire, n'est pas, pour cela, non recevable à élever des reproches déjà proposés devant le juge-commissaire.

A plus forte raison, dirons-nous, la discussion au fond, nécessitée par un jugement qui rejette les reproches, n'ôte pas le droit de les proposer de nouveau en appel.

C'est, en effet, ce qu'a décidé M. Carré, dans une consultation inédite, du 11 janvier 1826, que nous allons transcrire :

« Le conseil, soussigné, consulté en pur point de droit sur la question de savoir si, dans les circonstances qui vont être sommairement exposées ci-après, il y a lieu à opposer une fin de non-recevoir contre l'appel d'un jugement qui a rejeté des reproches formés contre des témoins, est d'avis de la négative.

« Voici les faits qui donnent lieu à cette question :

« Plusieurs témoins ont été reprochés pour cause de parenté et alliance, etc.; rejet des reproches, le tribunal ordonne de *plaider au fond* après la fin de la session de la Cour d'assises.

« Dans l'intervalle de ce jugement aux plaidoiries, un écrit est notifié par les défendeurs déboutés des moyens de reproches ; on prétend qu'on y a discuté le mérite, au fond, d'une ou de plusieurs dépositions des témoins ; si ce fait est vrai, du moins cette discussion n'aurait eu lieu qu'en déclarant expressément que l'écrit est rédigé *sans approbation du jugement qui a rejeté ces reproches.*

« A l'audience, la lecture des dépositions est faite par la partie qui avait produit les témoins; rien ne prouve que l'adversaire soit entré dans la discussion de ces mêmes dépositions; mais les conclusions insérées au jugement portent, comme l'écrit précité, *sans aucune approbation du jugement qui avait rejeté les reproches.* Il est bien à remarquer que ce premier jugement est du 24 février 1824, et qu'il n'avait point été notifié, soit à partie, soit même à avoué, avant l'audience dans laquelle les plaidoiries au fond ont eu lieu ; il ne l'a été à partie que le 2 octobre; le jugement définitif du 12 août ne l'a été que le 26 du même mois.

« Appel des deux jugements par un seul et même exploit du 5 novembre 1824 ; à l'évocation de la cause pour plaider devant la Cour, conclusions de l'appelant tendantes à la réformation des deux jugements ; la Cour ordonne le dépôt de ces conclusions sur le bureau.

« L'avoué de l'intimé n'avait point préparé les siennes; déclaration de l'avocat qu'il a une fin de non-recevoir à opposer, fondée sur l'acquiescement des appelants au jugement du 24 février 1824; il ne plaide pas sur cette fin de non-recevoir; renvoi à la prochaine audience, pour que l'intimé serve ses conclusions.

« On voit, par cet exposé, que la fin de non-recevoir annoncée doit être fondée sur ce que les appelants seraient entrés, devant les premiers juges, dans la discussion au fond des déclarations des témoins dont le reproche avait été rejeté.

« Cette fin de non-recevoir n'est pas admissible, parce qu'elle n'est nullement fondée en *elle-même ;* elle sera, d'ailleurs, infailliblement repoussée par *suite de la signification, faite après le jugement définitif* du 12 août, de celui qui était intervenu sur les reproches.

« On dit que la fin de non-recevoir *n'est pas fondée en elle-même ;* il est, en effet, de principe que l'acquiescement ne se présume jamais; il doit être for-

mel, c'est-à-dire donné *par un acte* qui le contient expressément; il peut, à la vérité, résulter de certains faits un acquiescement *tacite;* mais il faut que ces faits soient tels qu'il ne soit pas permis de révoquer en doute une volonté manifestée et expresse d'acquiescer; il n'est pas besoin d'insister sur les autorités, tant la proposition est incontestable.

« Dans l'espèce, *nul acquiescement formel;* induire un acquiescement *tacite*, qui ait toute la force de l'acquiescement formel, et qui en produise tous les effets, de la circonstance que l'appelant, dans un écrit, aurait discuté une ou plusieurs dépositions des témoins reprochés, en conclure qu'il ait reconnu par là le bien jugé du jugement du 24 février 1824, et, en conséquence, renoncer à se pourvoir en appel, ce serait une prétention difficile à soutenir, puisque, dans l'écrit duquel on entendrait tirer ces conséquences, il est formellement déclaré que la partie n'entend pas approuver le jugement dont il s'agit.

« Eût-on, en plaidant, discuté les dépositions (ce que rien ne constate), les plaidoiries ont été faites en preuve et en développement des conclusions insérées en ce même jugement; mais elles contiennent la même déclaration de *non approbation*, que renferme l'écrit dont ont vient de parler.

« Donc, on ne peut dire que la discussion des dépositions des témoins reprochés équivaille à un acquiescement *formel*, puisque l'acquiescement *tacite*, comme le disent tous les auteurs, ne tient lieu du premier *qu'autant* qu'il n'est pas permis de *douter* que la partie a voulu *consentir* au jugement; or, ici, loin qu'elle ait donné sujet de faire présumer un tel consentement, elle a formellement declaré le contraire.

« Il en est de ce cas comme d'un interlocutoire; on peut, en se réservant le droit d'appeler, discuter une enquête faite en vertu de cet interlocutoire, par la raison que l'affaire peut être, par suite de cette discussion, jugée en faveur de celui contre lequel l'interlocutoire n'était pas rendu; tel est le vœu de la loi, dont l'objet principal est la simplicité et l'économie des instances, du temps et des frais : ce n'est qu'autant qu'on n'a pas fait de *réserves*, que l'appel, suivant certains auteurs, pourrait être non recevable après le jugement définitif : encore la question n'a-t-elle pas été décidée jusqu'ici *in terminis.*

« On dit ensuite que la fin de non-recevoir *doit être repoussée par une autre fin de non-recevoir*, dans laquelle, indépendamment de la question ci-dessus résolue, l'appelant ne peut manquer de réussir. Cette fin de non-recevoir se conçoit sans peine.

« Les intimés n'ont notifié le jugement du 24 février, qu'après le jugement définitif. Or, suivant la jurisprudence, d'accord avec tous les auteurs, la signification d'un jugement n'a que deux objets : premièrement, l'exécution du jugement qui ne peut avoir lieu forcément qu'autant que cette signification a été faite; deuxièmement, la mise en demeure d'appeler, parce que les délais ne courent pas contre le condamné par la connaissance qu'il aurait du jugement, mais par la notification légale qui lui en est faite.

« Or, la signification du jugement du 24 février, faite après le jugement définitif du 12 août, ne pouvait avoir pour objet *l'exécution du premier;* il était exécuté de droit et de fait sous la réserve de l'appel, et les intimés sont forcés d'en convenir, puisque c'est dans l'exécution même de la part des appelants qu'ils essaient de puiser leur prétendue fin de non-recevoir.

« Cette signification n'a donc été faite que pour faire courir le délai d'appel contre l'adversaire dont les moyens de reproches avaient été rejetés.

« Pourquoi a-t-elle été faite? Précisément parce qu'on a reconnu que la réserve, sous laquelle les dépositions comme on le prétend ont été discutées,

n'était pas insignifiante, parce qu'on a reconnu, en un mot, par quelque motif que ce soit, que le droit d'appel était conservé à la partie.

« La signification est donc une reconnaissance *formelle* de ce droit, une renonciation formelle à se prévaloir du prétendu acquiescement, s'il existait, qui eût été tacitement donné au jugement dont il s'agit.

« Ainsi donc, la fin de non-recevoir que l'on veut proposer est inadmissible sous tous les rapports, cette proposition s'appuierait, au besoin, de plusieurs arrêts, et, entre autres, de celui de la Cour de cassation, du 27 juin 1820, qui décide formellement que lorsqu'un arrêt rejette une fin de non-recevoir et ordonne de *plaider au fond*, la partie qui plaide en conséquence, n'exécutant l'arrêt que comme *contrainte*, et pour se conformer aux dispositions de l'arrêt qui le lui ordonne, n'est point *censée acquiescer* par là à cet arrêt, ni *renoncer à l'attaquer en Cassation.* (*V.* le premier considérant : DALLOZ, t. 1, p. 111.)

« Mais, on le répète, les principes ci-dessus sont assez certains par eux-mêmes, pour qu'il n'y ait pas lieu d'insister autrement en citant les autorités nombreuses qui les ont consacrés.

« Délibéré à Rennes, le 11 janvier 1826. »

Nous devons, avant de clore la série de nos observations sur ce point, en faire une qui domine toute la matière; c'est qu'il est des nullités d'ordre public qui ne se couvrent point par le fait des parties, auxquelles, par conséquent, ne sont pas applicables les décisions que nous venons de donner ou recueillir. De ce genre sont celles qui résulteraient du défaut de pouvoir du juge-commissaire, comme l'a jugé la Cour d'Amiens, le 8 février 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 46), et de l'audition, comme témoin, d'un individu mort civilement, exemple cité par M. CARRÉ, sous la *Quest.* 746.

Partant du même principe, la Cour de Toulouse a jugé, le 8 août 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 236), qu'on pouvait proposer, pour la première fois en appel, la nullité résultant de ce que le juge-commissaire aurait rendu son ordonnance après le délai légal; elle considère que, dans une telle position, le juge n'a plus de pouvoirs, et il s'ensuit, d'après elle, que la nullité est d'ordre public. La Cour de Bourges, dans son arrêt du 30 mai 1831, cité plus haut, a décidé précisément le contraire. Lequel doit prévaloir de ces deux systèmes? Nous pensons que le délai de huitaine, fixé par la loi, ne l'a été que par rapport aux parties, qu'il n'est obligatoire que pour elles et à leur égard, que, par conséquent, les pouvoirs du juge-commissaire ne sont pas subordonnés, dans leur existence, à la condition de rendre son ordonnance dans un délai qui n'est pas fait pour lui, qui ne l'intéresse point; qu'en un mot, tant que le jugement qui l'a nommé subsiste, le commissaire conserve sa mission, sauf à ne l'exercer que lorsque les parties l'en requièrent, et sous la réserve de tous les droits de celle qui pourrait avoir à se plaindre du retard; autrement, il faudrait dire que le juge-commissaire doit refuser de délivrer ordonnance à la partie qui ne la réclame qu'après le délai, ce qui est inadmissible; car il ne doit pas être juge de la déchéance, et une pareille condition l'exposerait à une poursuite personnelle en déni de justice. (*V.* notre *Quest.* 730 *bis*, § 4). **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 115 et s., 126, 278 et s.

1023. *L'assignation doit-elle nécessairement* contenir *les noms, professions et demeures des témoins produits contre le défendeur à l'enquête?* [[*Si la signification des noms, etc., peut être faite par acte séparé, doit-elle l'être, comme l'assignation, au domicile de l'avoué et non à celui de la partie? — Le délai de trois jours s'applique-t-il à l'un comme à l'autre de ces deux actes?*]]

Nous avions dit, n° 898 de notre *Analyse*, que l'on pouvait faire, par acte séparé de l'assignation, cette notification des noms, etc., des témoins, pourvu

toutefois que cet acte fût signifié dans le même délai que l'assignation donnée à la partie. Nous nous fondions sur des arrêts de Rennes et de Turin.

Nous avons dit ensuite, dans notre *Traité* et *Questions*, n° 1431, que cette opinion avait été confirmée en partie par un arrêt de la Cour de cassation, du 16 février 1815 (*S.*, t. 15, 1re part., p. 264, et *J. Av.*, t. 11, p. 126), en ce qu'il décide que, l'art. 261 contenant deux dispositions distinctes et indépendantes l'une de l'autre, l'on pouvait, par acte séparé, faire la notification dont il s'agit.

Mais en même temps nous faisions observer que le même arrêt déclarait qu'on pouvait faire cette notification après le délai de trois jours. En effet, il n'est parlé de ce délai que dans la première disposition, relative à l'assignation, tandis que rien n'indique, dans la seconde, que le législateur ait entendu que les qualités fussent notifiées dans le même délai.

Enfin, nous faisions observer que cette décision nous paraissait d'autant plus naturelle que, suivant l'art. 260, les témoins peuvent être assignés seulement un jour avant leur comparution : d'où nous tirions la conséquence qu'on ne pouvait être forcé de signifier leurs noms avant qu'ils fussent assignés eux-mêmes, puisque, jusque-là, il est encore incertain qu'ils le soient.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation, par arrêt du 12 juillet 1819 (*S.*, t. 19, 1re part., p. 397, et *J. Av.*, t. 11, p. 145), a décidé la même question d'une manière tout-à-fait opposée, et il est à remarquer que cette dernière décision émane de la section civile, tandis que la première a été rendue par la section des requêtes.

Par les motifs qui précèdent l'arrêt de 1819, nous rétractons l'opinion émise dans notre *Traité*, et fondée sur celui de 1815, pour nous en tenir à celle que contenait notre *Analyse*.

[[Sans contredit, la déposition d'un témoin dont le nom, la qualité et la demeure n'ont pas été notifiés à l'adversaire de la partie qui veut le faire entendre est nulle, ainsi que l'a jugé la Cour de Montpellier, le 15 décembre 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 430), et, par la même raison, est nulle aussi celle du témoin désigné dans l'enquête sous un autre nom que celui que réfère l'exploit de notification, Rennes, 21 janvier 1813 (*J. av.*, t. 11, p. 123); mais la loi, à cet égard, n'est pas tellement exigeante, que la plus légère erreur dans la désignation doive entraîner une nullité; tout ce qu'elle veut, c'est que le témoin soit assez clairement désigné pour que la partie ne puisse s'y tromper. Ainsi, peu importerait, pourvu que l'identité de la personne fût bien reconnue, l'erreur sur un prénom ou son omission, l'attribution de la qualité de propriétaire, quand le témoin a une profession distincte, etc., Amiens, 22 novembre 1822 (*J. Av.* t. 30, p. 357); Nancy, 22 janvier 1827 (*J. av.*, t. 32, p. 178). *V.* la *Quest.* suivante.

D'ailleurs, la Cour de Bruxelles a jugé, le 12 mai 1824 (*Journ.* de cette Cour, 1824-1-439), qu'il n'est pas nécessaire que la désignation se trouve dans le corps de l'exploit, et qu'une liste, au bas de laquelle l'exploit se trouverait sur la même feuille, suffirait pour satisfaire sur ce point à l'art. 261. Toutes ces décisions nous semblent bien rendues; mais, comme on voit, elles laissent encore intacte la question de savoir si c'est le même exploit qui doit contenir et l'assignation et la notification, et les questions subsidiaires que nous avons posées en tête de ce numéro. Quant à nous, nous pensons qu'il est dans l'esprit de la loi que l'assignation et la notification des noms des témoins aient lieu simultanément et par le même acte. C'est ce qui résulte du sens naturel des termes de l'art. 261, et surtout de l'art. 29 du tarif, qui taxe pour cela un seul exploit; par une conséquence nécessaire de ce principe, les autres parties de la question se trouvent résolues pour l'affirmative. Et voilà pourquoi la Cour de cassation a décidé, de la manière la plus formelle, le 19 avril 1826

(*J. Av.*, t. 31, p. 16), que la signification des noms des témoins, faite au domicile de la partie, est nulle. Voilà pourquoi aussi, revenant sur sa jurisprudence du 16 février 1815 (*J. Av.*, t. 11, p. 125), elle a jugé, le 12 juillet 1819 (*J. Av.*, t. 11, p. 145), que la même notification doit être faite, à peine de nullité, trois jours au moins avant l'audition. Quelques-uns des motifs de ce dernier arrêt sont bien propres à faire apprécier la valeur des termes de l'art. 261 : « Attendu, sur le second moyen, qu'en rapprochant les dispositions du tit. 12 du liv. 2 du Code de proc. civ., et en se pénétrant bien de l'intention du législateur, ainsi que des principes d'équité et de justice qui l'ont dirigé, on ne peut se méprendre sur le sens véritable de l'art. 261 de ce Code; que le législateur a voulu, en effet, par cet article, que la partie fût assignée, pour prendre part à l'enquête, trois jours au moins avant l'audition des témoins, le tout à peine de nullité; que si le délai de trois jours n'a pas été répété, ce n'a été que parce que les deux dispositions, aussi importantes l'une que l'autre, étaient renfermées dans la même période, et que ce n'a été en outre que parce que, d'après l'usage assez généralement observé, le même exploit contient, et l'assignation à la partie, et l'indication des témoins; que le délai de trois jours a été tellement réputé nécessaire par le législateur, qu'il a voulu, par l'art. 270, que les reproches contre les témoins fussent proposés avant leur déposition; qu'on a entendu, par conséquent, donner à la partie un délai suffisant pour s'informer de la moralité des témoins; qu'il résulterait du système contraire, que la partie serait privée d'un délai quelconque, pour prendre des renseignements desquels pourraient dépendre son honneur et sa fortune; que cet article est, en effet, le seul du Code dans lequel le législateur se soit occupé du délai de l'assignation à la partie pour être présente à l'enquête, et de la notification des noms et demeures des témoins; qu'on doit nécessairement supposer que le législateur a mis en harmonie toutes les dispositions du Code, et qu'il n'a pas entendu, en accordant un droit si essentiel, en paralyser en même temps l'exercice, et se mettre ainsi en opposition avec lui-même; que si le législateur avait voulu abréger le délai pour la notification des noms et demeures des témoins, il n'aurait pas certainement manqué d'exprimer sa volonté dans l'art. 260; que le moment était alors bien favorable, puisque le législateur permettait, par cet article, d'assigner les témoins un jour avant leur audition; que cependant ce délai ainsi limité n'est relatif qu'à l'assignation des témoins, tandis que l'art. 261, qui prescrit le délai de trois jours, concerne l'assignation à la partie, et la notification des noms et demeures des témoins; que cette interprétation de l'art. 261 est encore fortifiée par un exemple frappant qu'offre l'art. 260; que ce dernier article veut, en effet, d'abord que les témoins soient assignés un jour au moins avant leur audition; qu'il veut ensuite qu'il soit donné copie à chaque témoin du dispositif du jugement en ce qui concerne les faits admis; qu'il est évident que, quoique cette dernière disposition de l'article ne répète pas ce délai, cette répétition est sous-entendue par la force du raisonnement et par le surplus des choses, eu égard à la nécessité qu'a reconnue le législateur de faire notifier aux témoins, avant leur audition, les faits sur lesquels ils doivent être entendus; que, par conséquent, en ne prononçant pas la nullité des dépositions des sept témoins qui ont été entendus, le 18 septembre, quoique la notification de leurs noms, professions et demeures, n'ait été faite que le 16 du même mois, la Cour royale de Paris est contrevenue audit art. 261, combiné avec les autres dispositions ci-dessus indiquées; casse, etc. »

Cet enchaînement de motifs nous semble victorieux et bien capable de balancer l'autorité de deux arrêts contraires de la Cour de Metz, 22 avril et 28 août 1813 (*J. Av.*, t. 11, p. 125); d'un arrêt de la Cour de Poitiers, du 28

novembre 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 335), et d'un assez grand nombre d'autres qui se trouvent indiqués dans notre *Dict. général*, v° *Enquête*, n° 259. Il nous paraît utile d'insister sur ce point, parce qu'il s'est glissé, dans plusieurs tribunaux, une pratique pernicieuse, en opposition avec cette doctrine qui, néanmoins, est professée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 512; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 360; DALLOZ, t. 6, p. 866, n° 9; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 454; BOITARD, t. 2, p. 201. M. BONCENNE, t. 4, p. 287, poursuit cette entente mesquine de la loi de sa verve satirique. « Ce que nous ne pouvons expliquer, dit-il, c'est l'invasion de cette idée malheureuse, qui vient saisir d'abord tous les rangs de la magistrature, offusquer les esprits, et étouffer le bon sens de la loi dans les étreintes du point et de la virgule.

« Les témoins ne sont assignés que pour déposer; un jour de délai leur suffit, quand ils ne demeurent pas trop loin. Il en faut davantage à la partie, parce qu'elle n'est pas appelée pour faire simplement acte de comparution, mais pour fournir des motifs de reproches, qu'elle ne pourra pas recueillir si la liste des témoins ne lui est point notifiée d'avance, et qu'elle ne pourra plus proposer après.

» On se perd à chercher pourquoi cette évidence, qui éclaire tous les mots de l'article, n'apparaissait pas à tous les yeux. Il semblait que ce ne fût qu'une lettre morte, une phrase sans âme, sans but, une matière inerte, quelque chose d'inexpérimenté, un grimoire obscur de procès; la jurisprudence était comme cette figure qui portait d'une main le mot *ordre*, de l'autre, le mot *contre-ordre*, et sur le front, *désordre*. Ces temps d'erreur sont passés, les tribunaux ont été forcés de se réfuter eux-mêmes; mais c'est une seconde loi qui est venue après le fait, ainsi que le disent les Anglais, *ex post facto lex*, et qui n'a pu faire revivre tout ce qui avait péri dans l'intervalle. »

Tous les auteurs enseignent, du reste, et nous croyons que c'est avec raison, que les noms des témoins pourraient bien être notifiés par un acte séparé de l'assignation; ce fait n'entraînerait pas nullité, pourvu que toutes les conditions de l'art. 261 eussent été observées dans le second acte comme dans le premier, c'est-à-dire qu'il eût été signifié aux parties au domicile de leur avoué, en autant de copies qu'elles sont de personnes diverses, et trois jours au moins avant l'audition; tout au plus le second acte pourrait ne point passer en taxe; c'est ce que la Cour de Liége a jugé le 22 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 289).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 110, 111.

1024. *L'art. 261 exigeant qu'on notifie* LA DEMEURE *des témoins, y aurait-il nullité de l'acte, si l'on se contentait de notifier* LE DOMICILE ?

La Cour de Turin, par arrêt du 25 juin 1810, rapporté au *J. Av.*, t. 11, p. 85, a décidé que ce mot *demeure* n'était point un terme sacramentel, et que, par conséquent, le mot *domicile* était un équipollent qui remplissait suffisamment le vœu de la loi.

Cette décision vient à l'appui de la solution que nous avons donnée sur les 300e et 308e *Quest.* (1).

[[C'est aussi l'avis de MM. DALLOZ, t. 6, p. 865, 2e col.; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 290, not. 31, n° 2, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 361, n° 7. La Cour de Poitiers a d'ailleurs jugé, le 16 juin 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 351), que le domicile d'un te-

(1) Mais le défaut de désignation claire et précise des véritables noms et professions des témoins suffirait pour faire rejeter leurs dépositions. (Rennes, 21 janv. 1813; *J. Av.*, t. 11, p. 123.)

moin est légalement indiqué, lorsqu'on désigne la commune, peu importe l'erreur qu'on aurait faite sur le nom du canton. *V.* nos observations sur la question qui précède.

Mais si la demeure n'avait pas été du tout indiquée, ou si l'on en avait désigné une fausse, il y aurait nullité quant à la déposition du témoin que cette fausse désignation concernerait, ainsi que l'a décidé la Cour de Bourges, le 8 février 1881 (*Journ.* de cette Cour, t. 10, p. 95).]]**Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 108.

1025. *Comment s'entend la disposition de l'art.* 261, *qui attache, à l'inobservation de ce que ce même article prescrit, une peine de nullité de la même nature que celle prononcée par l'art.* 260?

L'art. 260 veut que la nullité qu'il prononce, relativement à l'inobservation des formalités qu'il prescrit envers les témoins appelés pour déposer, ne frappe seulement que sur les dépositions de ceux à l'égard desquels ces formalités n'auraient pas été remplies.

L'art. 261 exprime que, toutes les fois que l'application de cette disposition sera possible, elle aura lieu par rapport à l'infraction des règles qu'il établit.

Si donc l'infraction a pour objet une formalité qui tiendrait à l'essence même de l'enquête; si, par exemple, cette infraction concernait l'assignation à donner au défendeur; si elle consistait en ce que les noms, profession, etc., d'aucun témoin n'auraient été notifiés, alors l'enquête serait nulle en entier.

Si, au contraire, cette infraction ne concernait qu'un témoin dont on n'aurait pas notifié les noms, profession et demeure, la nullité ne frapperait que sur la déposition de ce témoin, et les autres dépositions n'en seraient pas moins valables. (Arg. d'un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans, du 31 août 1810, cité par Hautefeuille, p. 155, et rapporté au *J. Av.*, t. 11, p. 91.)

[[Nous croyons cette observation parfaitement juste; elle est reproduite par M. DALLOZ, t. 6, p. 869, n° 14. Au reste il est bon de remarquer que la nullité d'une déposition résultant de ce que le nom du témoin n'aurait pas été ou aurait été mal désigné à la partie adverse, n'est irrévocablement encourue qu'après l'expiration des délais pour terminer l'enquête. Jusque là on pourrait le faire de nouveau assigner et entendre valablement, après avoir réparé la faute ou l'omission. La Cour de Montpellier l'a ainsi jugé, le 15 décembre 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 130). Par une raison analogue, quand il ne s'est pas écoulé trois jours entre la notification des noms des témoins et le commencement de leur audition, il n'y a de nulles que les dépositions qui ont été reçues avant l'expiration de ces trois jours; celles qui ont été reçues après ce délai, quoique au cours de la même enquête, sont valables; c'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Turin du 25 juin 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 86).]] **Supp. alph.**, V *Enquête*, n. 110, 112.

ART. 262. Les témoins seront entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties.

Chaque témoin, avant d'être entendu, déclarera ses noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou allié de l'une des parties, à quel degré, s'il est serviteur ou domestique de l'une d'elles; il fera serment de dire vérité; le tout à peine de nullité.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 285, n° 29.] — Ordonn., tit. 22, art. 13, 14 et 15. — Cod. de proc., art. 35, 268, 275 et 1029.—*Supra*, sur l'art. 121.—[Notre Dict. gén. de proc., v^is *Enquête*, n°s 254, 277, 294, à 298, 300, 301, 303, 308, 480, 481, 484 à 487, *Serment*, n°s 55 à 59. — Devillenuve, v° *Enquête*, n° 85 *bis* —Arm. Dalloz, v^is *Enquête*, n°s 178 à 182, *Témoin*, n°s 152 à 162.—Locré, t 21, p. 616. — QUESTIONS TRAITÉES : Les avocats ont-ils le droit d'assister leurs clients à une enquête qui a lieu devant un juge-commissaire? Ceux-ci peuvent-ils s'y faire représenter par un mandataire? *Q.* 1025 *bis*. — La nullité de l'enquête résultant de ce que les témoins n'ont pas été entendus sé-

parément s'applique-t-elle au cas où l'une des parties, assignée comme témoin, assiste à l'enquête après et avant sa déposition? *Q.* 1025 *ter.* — Les témoins doivent-ils, à peine de nullité de l'enquête, être entendus à l'heure fixée par l'ordonnance et par l'assignation? *Q.* 1026. — L'indication des noms, profession et âge des témoins dans le procès-verbal suffit-elle à sa validité, s'il n'y est pas exprimé que cette indication est faite sur la déclaration du témoin? *Q.* 1027. — Y aurait-il nullité d'une enquête dont le procès-verbal mentionnerait que le témoin a fait la promesse et non le serment de dire la vérité? *Q.* 1028.—Que doit-on faire si un témoin refusait de prêter serment? *Q.* 1029. — Comment doivent être entendus les témoins constitués en dignité? *Q.* 1030.—Est-il des cas où le tribunal puisse ordonner que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur? *Q.* 1031.—Quelles sont les formalités particulières à observer pour recevoir la déposition d'un étranger qui ne parle pas la langue française? *Q.* 1031 *bis*.] (1). V. *infrà*, p. 600, Q. 1043 *bis*.

CCXX. L'article ci-dessus admet, par sa première disposition, un juste tempérament entre l'ordonnance de 1667 et la loi intermédiaire du 3 brum. an 2. La première isolait le juge et le témoin, de telle sorte que c'était dans le secret le plus impénétrable que le premier recevait la déposition du second; l'autre, par un système tout opposé, voulait que, dans tous les cas, les témoins fussent entendus à l'audience en présence les uns des autres, de même qu'en présence des parties et du public. Pour écarter les inconvénients qui naissaient de l'un et de l'autre système, en conservant toutefois ce qui pouvait augmenter l'espoir d'obtenir la vérité et de dilucider les faits, notre article veut que le juge-commissaire fasse appeler successivement les témoins pour les entendre, tant en la présence qu'en l'absence des parties, mais séparément, c'est-à-dire hors la présence les uns des autres, et ce à peine de nullité (2).

Quant aux déclarations qu'exige la seconde partie du même article, les unes doivent être faites pour que l'on sache bien quel est le témoin qui va déposer; les autres, pour que la partie contre laquelle sa déposition est requise, connaisse ceux qu'il lui serait loisible de reprocher, etc.

[[*Voyez*, sur l'historique de cet article, M. BONCENNE, t. 4, p. 299.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 136, 137.

[[**1025** bis. *Les avocats ont-ils le droit d'assister leurs clients à une enquête qui a lieu devant un juge-commissaire? Ceux-ci peuvent-ils s'y faire représenter par un mandataire?*

L'affirmative de la première question nous semble ne pas devoir souffrir la moindre difficulté. Nous ne la posons que pour rappeler les décisions qui l'ont consacrée. Elles sont émanées des Cours de Rouen, 26 décembre 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 346), et de Bruxelles, 22 novembre 1816 (*Journ.* de cette Cour, 1816, t. 2, p. 265). On peut citer aussi, dans le même sens, un jugement du tribunal de Rouen, du 14 août 1827 (*Gazette des tribunaux* du 18).

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que:

1° La mention faite dans un procès-verbal d'enquête, que les témoins ont déclaré n'être pas aux gages des parties, n'équivaut pas à celle prescrite par l'art. 262 du Code de procédure civile. (Metz, 19 juin 1811; *J. Av.*, t. 11, p. 106.)

2° Les enquêtes *de commodo et incommodo* doivent être faites de manière à entendre les habitants un à un, et non réunis en masse, surtout sans qu'ils soient aucunement influencés par le commissaire. (Avis du conseil d'État du 12 nov. 1811. *J. Av.*, t. 11, p. 107.)

3° Lorsqu'un procès-verbal d'enquête constate que chaque témoin a prêté individuellement le serment prescrit par la loi, on ne peut détruire cette énonciation par un certificat de quelques témoins qui constaterait le contraire; l'inscription de faux est la seule voie légale. (Nanci, 3 août 1826; *J. Av.*, t. 31, p. 234.)

4° L'erreur commise au procès-verbal d'enquête dans la mention du domicile d'un témoin, ne suffit pas pour faire annuler sa déposition. (Brux., 9 nov. 1818; *J.* de cette Cour, 1818, t. 2, p. 145.)]

(2) Les raisons de cette innovation sont complétement établies dans le rapport au Corps législatif. (8e édit. de Firmin Didot, p. 101.)

S'il est vrai de dire que ni l'art. 250 du Code de procédure civile, ni l'art. 105 du décret de 1808, ne concèdent implicitement ni explicitement aux avocats le droit d'assister aux enquêtes, il est, selon nous, un raisonnement sans réplique qui détruit le pouvoir arbitraire, et toujours dangereux par conséquent, du juge-commissaire, d'accorder droit de présence, ou de refuser la parole à un avocat, en qui une partie aura placé toute sa confiance; nous avons établi *suprà, Quest.* 1020 *bis*, qu'une partie pouvait assister à une enquête sans le ministère de son avoué, et que cet acte d'instruction ne devait pas être considéré comme un acte de postulation; il en résulte donc que toute personne peut représenter les parties devant le juge-commissaire, et la préférence, en ce cas, doit être accordée à celui dont la voix développera plus tard tous les moyens qui devront ressortir de l'enquête. Si l'on venait à soutenir que le juge-commissaire représente le tribunal, ne serait-il pas alors encore plus évident qu'il ne peut s'opposer à la présence des avocats, puisque, devant le tribunal, cette présence a toujours lieu de plein droit. Ne serait-il pas étonnant de prétendre qu'un avocat n'a pas le droit d'assister un client, lorsque cette faculté est accordée à l'avoué d'une manière illimitée; quel serait donc le motif d'une semblable circonspection? Il ne peut qu'être injurieux pour l'ordre auquel nous avons l'honneur d'appartenir, et nous ne devons même pas le soupçonner. En principe général, l'avocat est inséparable de l'avoué, toutes les fois qu'il y a lieu de veiller aux droits du client commun; il faudrait une exception écrite pour que l'arbitraire pût prendre la place d'un usage consacré depuis des siècles par les convenances.

Le désir que nous avons de livrer à la science tous les manuscrits de quelque importance émanés de M. Carré, nous fait transcrire ici une consultation par lui donnée sur cette question.

« Le conseil soussigné, etc., etc.....

« Autrefois les enquêtes avaient lieu secrètement : des dispositions législatives l'avaient ainsi prescrit.

« Mais, sous l'empire de nos lois actuelles, éclairées du flambeau de l'expérience, l'on a banni de nos procédures toutes ces formes que l'on enveloppait en quelque sorte sous le voile du mystère; et chaque fois que ce grand principe de publicité a été seulement modifié, nos Codes ont dû l'exprimer formellement. C'est ainsi que l'art. 333 du Code de procédure veut que la partie à laquelle on fait subir un interrogatoire, réponde en personne et sans l'assistance d'un conseil.

« Ici l'affaire suscitée est personnelle à celui qu'on interroge, par conséquent l'assistance d'un conseil devient inutile. Que ce soit un avocat, un avoué, il n'importe, on ne veut de la partie qu'un aveu, qu'une réponse qu'elle seule peut donner : les talents, l'assistance de ses conseils ne pourraient lui servir. Tout se puise dans sa franchise qu'on interroge, et c'est d'elle seule qu'on attend des éclaircissements.

« Mais il en est autrement dans l'enquête ordinaire, les formalités sont plus solennelles, et la loi, dans aucun de ses textes, n'a prescrit qu'elles dussent être les mêmes : au contraire, outre la présence de la partie, elle suppose aussi l'admission de l'avoué, puisqu'elle veut, art. 270, que, concurremment avec elle, il puisse proposer les reproches qu'on est en droit de faire aux témoins, soit pour parenté ou autre cause. Mais la faculté laissée par la loi à l'avoué d'assister aux enquêtes n'est pas obligatoire pour lui. Il est des actes d'instruction qu'il peut seul faire; tout ce qui tient, par exemple, à la procédure d'une affaire. L'enquête n'est pas au nombre de ces actes, puisqu'elle peut avoir lieu hors de sa présence. Si, en effet, la partie n'a pas constitué avoué, elle sera assignée à son domicile, et, pour la confection de l'enquête, elle ne sera

point tenue à en constituer un. (Voir *supra* la *Quest.* 1020 *bis.*) Alors l'enquête n'en suivra pas moins son cours. Cet argument découle de l'art. 261, qui dispose que : « La partie sera assignée pour être présente à l'enquête, au domi-« cile de son avoué, *si elle en a constitué, sinon à son domicile.* »

« Que la partie soit assignée à son domicile, elle ne sera pas pour cela tenue de comparaître en personne à l'enquête, puisque l'art. 262 veut que les témoins soient entendus séparément, tant en présence qu'en *l'absence* des parties. Ainsi, que la partie soit ou non présente, peu importe, l'enquête se fait également.

« L'art. 270, qui prescrit implicitement que l'avoué pourra assister, n'est donc point une exception en sa faveur. Cet article laisse à la partie la faculté de se faire assister de lui, si elle juge sa présence nécessaire. Il en est de même de l'avocat, et, quoiqu'il ne soit pas d'usage que l'avocat assiste aux enquêtes, l'affaire cependant peut être tellement compliquée, tellement importante, que sa présence y devienne en quelque sorte indispensable. »

Mais on demande si la partie, qui a incontestablement le droit d'assister en personne à l'enquête ouverte devant un juge-commissaire, pourrait s'y faire représenter par un mandataire?

Le tribunal d'Arras a décidé la négative par jugement du 27 mai 1837. Ses motifs ont été, 1° que, dans tous leurs rapports avec les tribunaux civils, la loi a donné aux parties un représentant légal et forcé dans la personne de leur avoué, d'où suit qu'un mandataire étranger formerait double emploi avec le rôle que l'avoué doit remplir ; 2° que les enquêtes doivent s'effectuer sans publicité, et que ce serait violer ce principe que d'admettre toute espèce de mandataire, et tous les mandataires qu'il plairait aux parties de constituer.

Nous pensons que cette décision ne doit être admise qu'avec certaine distinction.

Si l'enquête doit être faite au lieu même où siége le tribunal devant lequel la cause est pendante, et que la partie ait déjà constitué avoué devant ce tribunal, il nous semble que les motifs du jugement précité doivent prévaloir, et que, si la partie ne peut comparaître en personne, elle ne peut envoyer à sa place un autre représentant que le mandataire légal qui occupe pour elle, sauf à le faire assister d'un avocat qui, comme on sait, ne fait qu'un avec l'avoué lui-même.

Mais, sous la *Quest.* 1020 *bis*, nous avons signalé divers cas où il serait impossible à la partie de se faire représenter par son avoué, soit parce que l'enquête aurait lieu sur divers points du royaume à la fois, soit parce que les témoins seraient entendus hors du ressort du tribunal auquel l'avoué est attaché.

Dans tous ces cas, il nous paraîtrait injuste d'ôter à la partie tout moyen de surveiller ses intérêts. Or, elle n'en aurait point d'autre que de constituer un mandataire extrajudiciaire pour la représenter dans tous les lieux où ni elle, ni son avoué ne pourraient comparaître.

Il faut que la jurisprudence et la doctrine suppléent à ce que la loi n'a pas prévu. Or, il nous semble évident que les dispositions des art. 261 et 262 n'ont été faites taxativement que pour le cas où l'enquête a lieu au siége du tribunal, les autres cas ne s'étant point présentés à l'esprit du législateur lorsqu'il a écrit ces articles.

On tire une objection contre ce système de ce que, pour les plaidoiries qui ont lieu devant les tribunaux, la partie, qui peut être admise à se défendre elle-même, ne doit employer, lorsqu'elle ne le fait pas, d'autre ministère que celui d'un avocat, d'où il suit, par analogie, dit-on, que le droit d'assister en

personne à l'enquête n'emporte pas celui de se substituer un mandataire de son choix ; et on insiste en rappelant les nombreux articles du Code de proc., dans lesquels la loi permet à la partie d'agir par elle-même ou par un fondé de pouvoir spécial (art. 9, 53, 353, 402, etc., etc.), d'où on induit cette conséquence que la partie seule peut comparaître, lorsque le Code de procéd. n'a pas ajouté ces mots : *ou son mandataire.*

Pour que ce raisonnement eût de la portée, il faudrait qu'on eût d'abord démontré que la partie ne peut se présenter à l'enquête sans l'assistance d'officier ministériel; et le contraire résulte de la discussion à laquelle nous nous sommes livré sous la *Quest.* 1020 *bis.*

Lorsque la partie a le droit de faire seule un acte quelconque, il ne suffit pas que la loi soit muette, pour qu'elle ne puisse pas se substituer un mandataire. Il faut ou qu'il y ait exclusion formelle, ou bien incompatibilité de ce mode de procéder avec l'organisation du tribunal devant lequel se présente cette partie ; aussi, avons-nous déjà admis une distinction qui nous paraît indispensable, et ne permettons-nous à la partie un fondé de pouvoirs que pour certains cas déterminés.

La loi n'eût pas dit que la partie pourrait se présenter devant un juge de paix, ou devant un tribunal de commerce, par elle-même, ou par un fondé de pouvoirs, que le droit sacré de la défense suppléerait à ce silence de la loi, parce qu'une partie peut être dans l'impossibilité de se présenter.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 138 et s.

[[**1025** ter. *La nullité de l'enquête résultant de ce que les témoins n'ont pas été entendus séparément s'applique-t-elle au cas où l'une des parties, assignée comme témoin, assiste à l'enquête après et avant sa déposition?*

La Cour de Rennes a décidé la négative par arrêt du 22 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 232 ; elle s'est fondée sur ce que, si l'on admettait le système contraire, il s'ensuivrait ou qu'une partie ne pourrait jamais être entendue, quoique assignée à la requête de son adversaire, ou qu'il serait au pouvoir d'un plaideur de priver, par ce stratagème, la partie adverse du droit d'assister aux enquêtes qui lui est garanti par la loi.

Ainsi, d'après la Cour de Rennes, point de milieu : l'une ou l'autre de ces conséquences. Il ne s'ensuit pas, selon nous, que son dilemme soit bien tranchant ; car le premier des résultats qu'elle redoute ne nous semble pas très funeste. Nous pensons, au contraire, qu'il est parfaitement d'accord avec les principes de la matière, et nous adopterions volontiers le système opposé à celui de la Cour, quand il n'aboutirait qu'à obtenir ce résultat.

Oui, il vaut beaucoup mieux écarter entièrement le témoignage d'une des parties, qui est une espece de monstruosité, s'il en résulte des impressions favorables pour sa propre cause, et, dans le cas contraire, un véritable serment *litis supplétoire*, inconnu dans la pratique, contraire à la loi, et surtout incompatible avec le caractère testimonial du genre d'instruction appelé *enquête.* Aussi croyons-nous que, dans l'espèce de l'arrêt, les considérations de fait ont beaucoup influé sur le droit, et que, si la partie entendue comme témoin, au lieu d'être un simple administrateur, eût été personnellement intéressée en cause, les principes que nous venons de combattre n'auraient pas prévalu.]]

1026. *Les témoins doivent-ils, à peine de nullité de l'enquête, être entendus à l'heure fixée par l'ordonnance et par l'assignation?*

La Cour d'appel de Rennes a décidé cette question pour la négative, par arrêt du 12 janvier 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 80), attendu que la loi ne prononce

point la nullité d'une enquête quand elle ne commence pas à l'heure indiquée: d'où suit que tout le jour est utile pour y procéder.

Cette décision nous paraît d'autant plus certaine qu'il est d'usage de ne procéder à l'audition des témoins qu'environ une heure après celle indiquée; usage introduit en faveur des deux parties, auxquelles on accorde tout le temps nécessaire pour se présenter, et qui offre l'avantage de procurer une réunion de tous les témoins, auxquels le juge peut, *s'il le veut*, faire donner, avant de les entendre, la lecture des faits sur lesquels ils ont à déposer (1).

[[Solution très sage.]]

1027. *L'indication des noms, profession et âge des témoins dans le procès-verbal, suffit-elle à sa validité, s'il n'y est pas exprimé que cette indication est faite sur la déclaration du témoin?*

L'art. 262 n'exige point qu'il soit fait mention, à peine de nullité, du fait que les énonciations consignées au procès-verbal l'ont été d'après *la déclaration* du témoin; en un mot, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit que c'est le témoin lui-même qui a fait cette déclaration. Il suffit donc, pour qu'il ait été suffisamment satisfait à l'art. 262, que ces énonciations soient incontestables, et que la vérité en soit reconnue par le témoin, qui, après lecture de sa déposition, déclare y persister. (*V.* l'arrêt de la Cour de Bruxelles, du 5 juillet 1809, *J. Av.*, t. 11, p. 70.)

[[L'art. 262 n'exige pas, à peine de nullité, dit M. Carré, qu'il soit fait mention du fait que les énonciations consignées au procès-verbal l'ont été sur la déclaration du témoin; donc, ajoute-t-il, il n'est pas exigé que cette déclaration ait lieu, si d'ailleurs les faits énoncés sont exacts.

Nous raisonnons différemment : l'art. 262 exige, à peine de nullité, que chaque témoin déclare, avant de déposer, ses nom, profession, etc., et c'est le procès-verbal qui, d'après l'art. 275, doit contenir la preuve de l'accomplissement de toutes les formalités prescrites sous cette peine; bien plus, c'est également sous la même peine de nullité que cette mention doit être insérée au procès-verbal.

Du rapprochement de ces deux articles ne résulte-t-il pas nécessairement une solution opposée à celle que donne M. Carré?

Il faut que le témoin déclare ses nom, qualité, etc. Or, cette déclaration n'apparaît point dans une mention purement énonciative, qui peut n'être que le résultat de la connaissance personnelle du juge, ou de celle qu'il puise dans la représentation des assignations.

---

(1) Mais supposons que, par erreur, on eût indiqué dans l'assignation une heure autre que celle fixée par l'ordonnance du juge-commissaire; que l'on eût assigné la partie à se présenter, par exemple, à deux heures de relevée, au lieu de huit heures du matin, indiquées par l'ordonnance; il y aurait sans doute nullité de l'enquête qui serait faite le matin, parce que la partie, ayant été assignée pour comparaître l'après-dînée, serait considérée comme si l'heure ne lui avait pas été indiquée.

En pareille circonstance, c'est à l'avoué qui s'aperçoit de l'erreur à se présenter à l'heure fixée par l'ordonnance, et à demander au juge-commissaire, ou la prorogation du délai de l'enquête, ou que l'heure de l'audition des témoins soit reportée à celle indiquée par erreur dans l'assignation. (V. arrêt de la Cour de Turin, du 6 déc. 1809; *J. Av.*, t. 11, p. 78.)

[Nous citerons aussi, à cette occasion, un arrêt de la Cour de Bourges du 13 juill. 1807 (*Journ.*, de cette Cour, t. 1, p. 189), qui décide qu'une enquête n'est pas nulle parce que l'heure à laquelle elle a dû avoir lieu a été mal indiquée dans l'assignation, si cette assignation contient d'ailleurs copie de l'ordonnance du juge portant l'indication véritable de l'heure.]

Notre opinion est partagée par MM. DALLOZ, t. 6, p. 869, n° 2, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p 363, n° 2. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 513, cite l'arrêt de Bruxelles, sans se prononcer sur le mérite de sa décision. La Cour de Limoges a rendu, sur cette question, le 1er août 1814 (*J. Av.*, t. 11, p. 187), un arrêt conforme à celui de la Cour de Bruxelles, mais sans donner aucun motif sérieux; le 10 juin 1831 (t. 41, p. 592), la Cour de Bourges a essayé de justifier une semblable décision, en disant qu'il suffisait que l'âge, la profession, etc., fussent connus, que la présomption était que la déclaration avait eu lieu, et qu'on ne devait pas attribuer à la loi tant de sévérité que de croire qu'elle a voulu attacher la peine de nullité à la simple omission d'une mention. Les termes formels de l'art. 275 nous paraissent répondre suffisamment à cette objection.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 144, 145

1028. *Y aurait-il nullité d'une enquête dont le procès-verbal mentionnerait que le témoin a fait la promesse et non le serment de dire la vérité?*

Nous remarquerons sur cette question que, par un arrêt du 19 avril 1810, (SIREY, t. 10, 1re part., p. 228, et *J. Av.*, t. 16, p. 606), la Cour de cassation a décidé que, l'art. 35 du Code de procédure, d'après lequel les témoins qui seraient entendus dans les justices de paix doivent faire serment de dire la vérité, ne prononçant point la nullité, cette peine ne pouvait être appliquée relativement à une enquête où il serait constaté que le témoin n'aurait fait qu'une simple promesse.

Mais nous ne croyons pas que pareille décision pût être rendue dans l'espèce de l'art. 262, puisqu'il exige que les témoins prêtent *serment* à peine de nullité.

Pour décider le contraire, il faudrait admettre que ces mots *promesse* et *serment* exprimassent les mêmes idées; or, on sait que le serment est un acte religieux qui consiste à prendre Dieu à témoin de la sincérité que l'on mettra dans les déclarations que l'on va donner, tandis qu'une simple promesse est dépourvue de ce caractère sacré.

C'est pour cela que la Cour de cassation, par arrêt du 12 juillet 1810 (*S.*, 1810, 1re part., p. 329 et suiv., et *J. Av.*, t. 21, p. 213), a décidé qu'un juif appelé à rendre témoignage en justice peut être forcé de prêter serment *more judaïco* (1) Voy. Q. 519.

[[Il est certain, comme le dit M. Carré, que *promesse* et *serment* ne sont pas synonymes. Toutefois, il faut admettre, avec la Cour de cassation, qu'un quaker peut être admis à ne faire qu'une *promesse* dans les formes de sa religion; parce que la *promesse*, pour ce sectaire, est un véritable serment (2)

Quant à la question du serment *more judaïco*, tant de fois débattue, et maintenant résolue *in terminis* par la jurisprudence, voici notre doctrine : le serment français est celui-ci : *Jurez-vous de dire, etc.? Oui, je le jure.* Ce serment est un acte civil en dehors de toute cérémonie religieuse; s'il en était autrement, l'homme qui oserait se déclarer athée ne pourrait pas être admis au serment. Toutes les fois donc qu'un individu appelé au serment répond à la question proposée, *je le jure*, le serment est valable, sans que le juge ou le fonctionnaire qui le reçoivent aient le droit de descendre dans la conscience de celui qui leur répond, pour savoir s'il est *catholique, protestant, juif, mahométan, quaker, méthodiste, saint-simonien, piétiste*, etc.

---

(1) Sur cet arrêt, nous renvoyons aux 518e et 519 *Quest.*

(2) [Bordeaux, 22 mars 1809, (*S.*, t. 9, 2e part., p. 235), et Cassat., 28 mars 1810 (*S.*, t. 10, 1re part., p. 226.)]

Mais si la personne interrogée demande à prêter serment dans les formes de sa religion, comme le serment tient essentiellement aux croyances religieuses, et que ce serait violer la liberté des cultes que de forcer un sectaire quelconque à faire un acte irréligieux, la loi civile doit céder à l'exigence de la loi religieuse. Le magistrat ou le fonctionnaire reçoivent alors le serment dans la forme indiquée par le rit de celui qui, interpellé, refuse de prêter serment d'une autre manière.

La jurisprudence offre, dans les arrêts nombreux qui ont été rendus pour et contre, toutes les raisons qui peuvent être invoquées de part et d'autre. Toutefois, nous pouvons appuyer notre opinion sur l'autorité de la Cour de cassation (1).

Quant aux auteurs, l'opinion de M. Carré est adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 290; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 493, note 6, n° 3, et MERLIN, *Rép.*, t. 12, p. 506, § 3. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 363, n° 2, la condamne comme contraire à la liberté des cultes. Dans l'absence de toute loi sur la forme du serment, les adversaires de M. FAVARD DE LANGLADE se fondent sur la loi 5, § 1, ff., *de jurejurando* ainsi conçue : *Divus Pius jure jurando quod propriâ superstitione juratum est standum rescripsit.*

M. BONCENNE, t. 2, p. 511, adopte aussi l'opinion qui veut que chacun prête serment selon le rit de sa secte : autrement, dit-il, il vaudrait mieux lui substituer une simple affirmation, remplacer la sanction religieuse par la sanction morale, subir le mensonge ordinaire plutôt que la profanation. On voit que nous serions d'accord avec M. Boncenne, s'il ne voulait voir un acte religieux dans un serment qui est purement civil.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 149.

1029. *Que doit-on faire si un témoin refusait de prêter serment?*

Nous pensons que le juge-commissaire doit le considérer comme défaillant, et lui appliquer les dispositions pénales de l'art. 263. (V. *Nouv. Rép.*, au mot *Serment.*) Cette décision est fondée sur ce que sa déposition serait nulle, conformément à l'art. 262; or, une déposition nulle par le fait volontaire de la personne qui est appelée pour rendre à justice témoignage de la vérité, doit être considérée comme si elle avait été refusée par elle. (*V.* SERPILLON sur l'article 9, tit. 22, de l'ordonn. de 1667.)

[[Cette solution nous paraît évidente, et M. FAVARD DE LANGLADE l'adopte, t. 2, p. 363, n° 2, ainsi que M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 457. Ce ne serait pas refuser le serment, que de vouloir, comme le quaker, y substituer l'affirmation. (*V.* la *Quest.* précédente, et la *Quest.* 1036, pour le cas où le témoin, au lieu de refuser le serment, a refusé de répondre.)]]

1030. *Comment doivent être entendus les témoins constitués en dignité?*

Le Code de procédure ne contient aucune disposition à cet égard. Nous

---

(1) [Voici les arrêts : *pour l'opinion de M. Carré;* Coblentz, 15 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 201 ; *S.*, 9-2-237 ; *D.*, t. 11, page 950); Colmar, 5 mai 1815, et 18 janv. 1828 (*S.*, t. 16, 2-55, et t. 28, 2-131); Pau, 11 mai 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 482); le 26 nov. 1806, le grand juge avait prescrit le serment *more judaïco* (*J. Av.*, t. 21, p. 197). *Contre cette opinion :* Turin, 22 février 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 201; *S.*, t. 9, 2-328; *D.*, t. 11, p. 949); Cass., 12 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 213, et *S.*, t. 10, 1, p. 329); Turin, 15 juin 1811 (*S.*, t. 12, 2, 210); Cass., 31 déc. 1812, 18 février et 1er avril 1813 (*S.*, t. 17, 2-315); Cass., 19 mai 1826 (*J.*, *P.*, 1827, t. 2, p. 583, et *S.*, t. 27, 1-57); Nîmes, 10 janv. et 7 juin 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 351, et *S.*, t. 27, 2-58, et t. 28, 2-19); Cass., 10 et 12 juill. 1828 (*S.*, t. 28, 1, p. 261 et 369); Aix, 13 août 1828 (*S.*, t. 29, 2-286).]

pensons que l'on pourrait se conduire par analogie, d'après ce que règlent les art. 510 et suiv. du Code d'instruction criminelle; mais on peut consulter en outre la loi du 20 thermidor an 4 celle du 21 fructidor an 7, l'arrêté du 7 thermidor an 9, et enfin le décret du 20 juin 1806.

[[Il faut voir aussi l'avis du conseil d'état, du 14 germinal an 8, et le décret du 4 mai 1812. Toutes ces dispositions réglementaires sont insérées au *J. des Av.*, t. 11, p. 29, 30, 31 et 120, et au *Rép.* de M. MERLIN, t. 13, p. 428.]]

1031. *Est-il des cas où le tribunal puisse ordonner que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur?*

Il n'en est qu'un, prévu par l'art. 893 du Code de procéd., civ. portant, en matière d'interdiction, que le tribunal pourra ordonner, si la circonstance l'exige, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur.

Mais il est à remarquer que l'article ajoute qu'en ce cas son conseil pourra le représenter.

[[Cela est juste.]]

[[**1031** bis. *Quelles sont les formalités particulières à observer pour recevoir la déposition d'un étranger qui ne parle pas la langue française?*

Le juge-commissaire doit nommer un interprète qui prête serment, et il doit en être fait mention au procès-verbal, à peine de nullité. On peut tirer, pour cette solution, qui est du reste donnée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 526, un fort argument d'un arrêt de la Cour de Nîmes, du 21 août 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 282), qui a décidé qu'en matière civile un sourd-muet pouvait être entendu comme témoin, conformément à l'opinion de M. Carré, *infrà, Quest.* 1067, et à celle de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 368, n° 15.

Néanmoins, la Cour de Metz a jugé, le 18 juin 1817 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 319), que le juge-commissaire peut se dispenser de nommer un interprète si lui-même et son greffier entendent la langue ou l'idiome du témoin.

Dans tous les cas, la déposition doit être lue en français aux parties, pour qu'elles puissent faire faire des interpellations.]]

ART. 263. Les témoins défaillants seront condamnés, par ordonnances du juge-commissaire, qui seront exécutoires nonobstant opposition ou appel, à une somme qui ne pourra être moindre de 10 fr., au profit de la partie, à titre de dommages-intérêts; ils pourront de plus être condamnés, par la même ordonnance, à une amende qui ne pourra excéder la somme de 100 fr.

Les témoins défaillants seront réassignés à leurs frais.

[Nutre Comm. du Tarif, t. 1, p. 285, n°s 25 et 26.] — Ordonn., tit. 22, art. 8. — Code d'inst. crim., art. 80, 86, 157, 304, 355, 579. — Code de Proc., art. 413, 1029. — [Nutre Dict. gén. de Proc., v° *Enquête*, n°s 312 à 318, 320, 323, 325, 416, *Avocat*, n°s 16 à 19. — Arm. Dalloz, v° *Témoin*, n°s 164, 170 à 176. — Carré, *Comp.*, 2e part. liv. III, tit. 3, chap. 2, sect. 2, à la note, éd. in-8°, t. 6 p. 426. — Locré, t. 21, p. 464 et 618. — QUESTIONS TRAITÉES : L'exécution provisoire de l'ordonnance portant condamnation d'un témoin défaillant a-t-elle lieu sans caution? *Q.* 1032. — Où doit être porté l'appel d'une décision rendue par le juge commis dans les cas où la loi lui concède le pouvoir de juger nonobstant opposition ou appel (art. 263, 264, 276), et, si le juge commis l'a été par une cour royale, sa décision devra-t-elle être souveraine? *Q.* 1032 *bis*. — La condamnation à l'amende est-elle facultative? *Q.* 1033. — En est-il de même des dommages-intérêts? *Q.* 1034. — La réassignation des témoins défaillants est-elle de droit, en sorte que le juge-commissaire ne puisse se dispenser de l'ordonner? *Q.* 1035. — La partie qui produit des témoins, dans une enquête ou une contre-enquête contre sa partie adverse, peut-elle, nonobstant les protestations de celle-ci, renoncer à les faire entendre lorsqu'ils se présentent pour déposer? *Q.* 1035 *bis*. — Les peines prononcées par l'art. 263, sont-elles applicables au témoin qui refuserait de répondre? *Q.* 1036. — N'est-il pas des per-

sonnes qui ne peuvent être contraintes à déposer? *Q.* 1037. — Le juge-commissaire peut-il prendre sur lui de dispenser le témoin de déposer ou de le contraindre à le faire? *Q.* 1038. — Est-ce avant ou après l'audition des témoins présents que le juge commissaire doit appliquer les dispositions pénales de l'art. 263? *Q.* 1039. — La condamnation à l'amende emporte-t-elle la contrainte par corps? *Q.* 1040. — L'ordonnance du juge-commissaire est-elle sujette à l'appel, tant de la part du témoin condamné que de la part de la partie qui l'a assigné? *Q.* 1041. — Que doit-on faire pour assurer la comparution du témoin qui ne pourrait se présenter parce qu'il se trouverait sous le coup d'une contrainte par corps? *Q.* 1042. — Lorsque le juge-commissaire a ordonné la réassignation des témoins défaillants, faut-il appeler de nouveau la partie contre laquelle l'enquête se fait à comparaître au jour et à l'heure fixés pour l'audition de ces témoins? *Q.* 1043. — Si le jour fixé par le juge-commissaire pour la comparution du témoin défaillant excédait le délai prescrit par l'art 278 pour la clôture de l'enquête, serait-il nécessaire que le poursuivant en demandât la prorogation? *Q.* 1044.] (1)

CCXXI. L'obligation imposée aux témoins de se présenter résulte de cette maxime, reconnue dans tous les temps, que la vérité est une dette que chaque individu doit à la justice, et qu'il ne peut se refuser d'acquitter. Cette obligation trouve sa sanction dans l'article ci-dessus, qui donne au juge-commissaire un pouvoir qui excède les attributions ordinaires. Le témoin qui fait défaut encourt deux espèces de condamnations, l'une envers la partie à laquelle il peut porter préjudice par son refus, ou même par son retard de porter témoignage, l'autre envers l'État, à raison de sa désobéissance au mandement de justice qu'il a reçu. Il est à remarquer que la loi déclare exécutoires les ordonnances que le juge-commissaire rend à ce sujet, nonobstant opposition ou appel : d'où suit clairement que les condamnations qu'elles prononcent peuvent être attaquées par l'une comme par l'autre de ces deux voies.

[[L'opposition est présentée au juge-commissaire (art. 265, Code de procédure civile), c'est lui qui a le droit de décharger le témoin des condamnations lorsqu'il le demande en comparaissant; l'appel ne serait recevable qu'autant que la condamnation aux dommages-intérêts excèderait le taux du dernier ressort. Argument de l'art. 809. *V.* sur *l'historique* de cette disposition, les pages 295, 296 et suiv., t. 4, de M. Boncenne.]] Voy. Q. 1041.

1032. *L'exécution provisoire de l'ordonnance portant condamnation d'un témoin défaillant a-t-elle lieu sans caution?*

Oui, puisque la loi n'a mis aucune modification à la disposition par laquelle elle ordonne cette exécution provisoire. — *V.* PIGEAU, t. 1, p. 499.

[[Cela est sans difficulté.]]

[[**1032** bis. *Où doit être porté l'appel d'une décision rendue par le juge commis dans les cas où la loi lui concède le pouvoir de juger nonobstant opposition ou appel* (art. 263, 264, 276), *et, si le juge commis l'a été en Cour royale, sa décision sera-t-elle souveraine?* Voy. Q. 1013 *bis.*

Lorsqu'un juge commis a rendu une décision dans les hypothèses prévues par les art. 263, 264 et 276, l'appel ne peut pas être porté devant le tribunal qui a commis un de ses juges, parce qu'evidemment, quant à ce juge, le tribunal n'est pas une juridiction supérieure. C'est donc devant la Cour royale; là n'est pas la difficulté.

Mais quel sera le juge d'appel, si le juge commis est un juge de paix, dont le

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Le témoin défaillant, réassigné, peut être entendu dans sa déposition, encore que la partie qui l'a cité n'ait pas conclu contre lui à la pénalité prononcée par l'art. 263 du Code de procédure civile. (Bruxelles. 19 fév. 1835; *Journ.* de cette Cour. 1835, t. 2, p. 70.)]

canton est situé dans ou hors le ressort du tribunal qui a ordonné l'enquête, ou bien si, l'enquête devant être faite hors du ressort même de la Cour royale à laquelle appartient ce tribunal, un juge domicilié hors de ce ressort a dû être commis?

Nous avons déjà dit, Q.985, que le juge de paix commis n'était plus un juge de paix: il est substitué au tribunal de première instance. Il prononce donc comme tribunal civil de première instance; l'appel de ses désisions doit être porté devant la Cour royale; nous comprenons que c'est une extension de juridiction, mais ce moyen là seul nous paraît propre à trancher toute difficulté.

L'appel d'un juge commis à une grande distance ne sera point porté devant la Cour royale de laquelle il ressortit par le même motif: la décision sera soumise à la Cour royale qui est appelée à connaître des appels des décisions du tribunal qui l'aura commis. Dans ces deux cas, il est incontestable que de fortes objections peuvent être présentées contre nos solutions, mais il y aurait aussi de graves inconvénients à enter un procès sur un procès, et à créer deux tribunaux, deux juridictions pour la même affaire. N'arriverait-on pas alors à cette conséquence que l'art. 292 ne pourrait pas être appliqué par le tribunal saisi du fond, puisqu'on ne lui reconnaitrait aucune autorité sur les actes du juge délégué, et ne pourrait-il pas arriver que les tribunaux rendissent des décisions différentes? (*V.* notre *Quest.* 1135 *bis.*)

Quant à la seconde partie de la question posée, nous n'hésitons pas à décider qu'aucune autorité ne pourra être appelée à réformer la décision du juge commis, puisque, délégué par le tribunal d'appel, ce tribunal, quant à lui, n'est pas plus une juridiction supérieure que le tribunal de première instance ne l'était pour un des magistrats de ce tribunal.]]

1033. *La condamnation à l'amende est-elle purement facultative?*

Il résulte clairement des termes de la loi que la condamnation du témoin défaillant aux dommages-intérêts de la partie est forcée, et qu'au contraire, celle relative à l'amende envers le fisc est laissée à la discrétion du juge-commissaire.

[[C'est aussi l'avis, et nous le partageons, de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 515, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 364, n° 3; DELAPORTE, t. 1, p. 263; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 459 et 461, et DALLOZ, t. 12, p. 581, n° 8.]]

1034. *En est-il de même des dommages-intérêts?*

La disposition de l'article est conçue d'une manière tellement absolue que nous ne croyons pas qu'il soit permis au juge-commissaire de ne pas prononcer cette condamnation, acquise à la partie par le seul fait de la non comparution des témoins. Il n'a d'autre latitude à ce sujet que de déterminer la quotité de ces dommages-intérêts, sans toutefois en fixer le montant au-dessous de 10 francs. Cette condamnation est prononcée par l'ordonnance qui constate le défaut du témoin.

[[Mêmes autorités que pour la solution précédente.]]

1035. *La réassignation des témoins défaillants est-elle de droit, en sorte que le juge-commissaire ne puisse se dispenser de l'ordonner?*

Si la partie qui poursuit l'enquête déclarait au commissaire qu'elle a suffisamment administré la preuve du fait contesté, au moyen des témoins entendus, et qu'elle ne veut pas tirer avantage du défaut, nous penserions que le juge ne pourrait ordonner d'office la réassignation. Il devrait seulement faire

mention de la déclaration de celle-ci dans son procès-verbal, et la lui faire signer.—*V. Hautefeuille*, p. 161). (1)

[[Cette solution, que nous approuvons, est aussi donnée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 365, n° 6, et DALLOZ, t. 12, p. 581, n° 10.

Si la réassignation est ordonnée, elle l'est aux frais du témoin, la partie, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 516, peut faire compenser ces frais sur la taxe accordée au témoin, et, s'il n'y en a pas, l'assigner à trois jours sans conciliation, arg. de de l'art. 320. Le commissaire peut, en donnant défaut contre les témoins, et ordonnant le réassigné, en taxer les frais, et alors l'ordonnance sera exécutoire contre eux.]]

[[**1035** bis. *La partie, qui produit des témoins, dans une enquête ou une contre-enquête contre la partie adverse, peut-elle, nonobstant les protestations de celle-ci, renoncer à les faire entendre, lorsqu'ils se présentent pour déposer?*

On peut invoquer pour la négative cette règle de procédure, qu'une pièce produite dans une instance devient commune à toutes les parties en cause; or des témoins produits dans une enquête sont, pour ainsi dire, des pièces vivantes que s'opposent les parties entre elles, et, dès que l'une a signifié à l'autre qu'elle les ferait entendre, celle-ci semble avoir le droit de tirer tout le parti possible de leurs dépositions.

Mais voici ce qu'on peut répondre : Chaque partie à droit de citer les témoins qu'elle veut faire entendre. La loi donne à chacune la même faculté, et lui impose en même temps les mêmes obligations. Le demandeur doit, dans un délai déterminé, notifier les noms des témoins à entendre dans l'enquête.... Peu importe que, de son côté, le défendeur ait manifesté l'intention de les produire dans sa contre-enquête. Cette circonstance n'enlève pas au demandeur le droit de les produire lui-même dans son enquête, comme l'a jugé la Cour de Bordeaux, le 20 juin 1837 (*J. P.*, t. 2 de 1837, p. 555); mais elle lui impose toujours l'obligation de notifier leurs noms dans un certain délai; il ne peut donc se plaindre de ce qu'on ne les entende pas dans la contre-enquête: il dirait vainement qu'il comptait sur cette audition; que, dans cette croyance, il ne les a pas produits dans son enquête, et qu'enfin il se trouve privé de leurs dépositions sur lesquelles il comptait. On lui répondrait que, s'il voulait qu'ils fussent entendus, il n'avait qu'à les produire dans l'enquête; que, s'il a cru qu'ils seraient entendus dans la contre-enquête, il a suivi la foi de son adversaire, et que c'est là un tort qu'il doit s'imputer à lui-même.

Si c'est le défendeur qui se plaint de ce que le demandeur retire les témoins produits dans l'enquête, on lui répondra de même qu'il peut les produire dans la contre-enquête, et que, si le temps ne le lui permet plus, c'est par sa propre faute, puisqu'il pouvait ne pas laisser écouler le délai nécessaire entre la notification des noms de ses témoins et le jour où ils devaient être entendus.

Quant à l'argument tiré de l'assimilation des témoins à une pièce produite dans une instance, il est facile de le réfuter. Pourquoi une pièce exhibée ne peut-elle plus être retirée? C'est que celui qui l'a produite reconnaît pour constant et invoque, du moins en partie, ce qu'elle contient, et que, d'un autre côté, il serait injuste que son adversaire, qui n'a pas pu la produire puisqu'il ne l'avait point entre ses mains, ne pût obtenir qu'elle restât au procès. En effet, celui-ci ne serait pas maître de la produire dès qu'on l'aurait retirée. Il

(1) On sent qu'en cette circonstance, la condamnation aux dommages-intérêts de la partie ne pourrait être prononcée, puisque, en renonçant à l'avantage de la réassignation, elle annonce qu'elle n'a souffert aucun préjudice.

n'en est pas de même d'un témoin dont le nom a été notifié, et qui n'a pas été encore entendu : la partie contre laquelle il est produit peut, si elle a intérêt à le faire entendre, le citer elle-même dans la contre-enquête qu'elle fera pour renverser l'enquête de son adversaire; il est impossible de dire qu'avant son audition, celle qui l'a produit considère comme certaine sa déposition future, à la différence d'un acte dont le contenu serait connu d'elle avant qu'elle l'exhibât.

D'ailleurs remarquons bien que ce n'est pas entre le témoin lui-même, mais entre sa déposition et une pièce produite, qu'il y a similitude parfaite; ainsi l'on conçoit que, lorsqu'il aura été entendu, sa déposition devra faire état au procès et sera réellement acquise aux deux parties; mais jusqu'alors le témoin qui n'aura rien dit, ne sera ni pour l'une ni pour l'autre, l'objet d'un droit acquis. Chacune pourra le faire entendre si elle le veut, mais ce sera en remplissant les formalités voulues, c'est-à-dire en notifiant les noms et qualités. Celle des deux qui l'aura produit pourra le retirer, et, si son adversaire veut le faire entendre, il devra le citer lui-même directement, mais il ne pourra le faire en vertu de la première citation qui lui a été donnée, citation dont les effets doivent appartenir à la partie à la requête de qui elle a été faite; elle seule peut y renoncer comme à tout autre droit.

Nous ne nous dissimulons pas les inconvénients de notre doctrine, ni la position fâcheuse où se trouvera une partie qui a jugé superflu, et qui n'est plus en temps utile de citer des témoins, parce qu'elle a pensé qu'ils seraient entendus à la requête de son adversaire qui les rétracte au moment de les faire entendre; mais il lui a été facile d'obvier à cet inconvénient en se conformant à la loi, c'est-à-dire en faisant entendre les mêmes témoins après avoir notifié leurs noms et qualités trois jours avant leur audition; elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même, si elle ne l'a pas fait.

Au surplus, quelque opinion qu'on embrasse sur cette question, il nous semble incontestable qu'il n'y aurait pas nullité de l'enquête de laquelle on retirerait une partie des témoins produits. Il y aurait tout au plus lieu à ordonner l'audition de ces témoins : l'audition des autres témoins qui auraient déposé n'en serait pas moins par elle-même valide, et devrait toujours faire état au procès.

Nous ferons enfin observer que, quoique nous reconnaissions à toute partie le droit de retirer les témoins qu'elle a promis de faire entendre, néanmoins les tribunaux ne devront voir bien souvent, dans l'exercice de ce droit, que la conduite d'un homme de mauvaise foi, qui redoute la vérité et les dépositions des individus même qu'il a cités, peut-être en grand nombre, pour effrayer son adversaire. Cette conduite pourra faire croire que celui qui la tient avait obtenu des témoins la promesse de déposer en sa faveur et contre la vérité, que ceux-ci, au moment de parler, n'ont plus voulu la tenir, soit par remords, soit par crainte de la justice, et que, si on les retire, c'est parce qu'au lieu de se rendre coupables d'un faux témoignage, ils veulent, ou déclarer qu'on a tenté de le leur arracher, ou bien rapporter exactement ce qu'ils savent sur l'objet de l'enquête.

Telles sont les observations que nous avons cru devoir donner sur une question qui n'a été examinée par aucun auteur, et qu'aucun tribunal n'a encore jugée. Les commentateurs du Code de procédure n'ont soulevé jusqu'à présent que la question de savoir si un témoin peut être reproché par la partie qui l'a produit. (V. *J. Av.*, t, 11, p. 198, v° *Enquête*, n° 190). Toutefois, M. THOMINE DESMAZURES, dans son Commentaire du Code de procédure, a professé implicitement l'opinion que nous avons émise. *Voy.* t. 1, p. 461 et 465.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 187.

1036. *Les peines prononcées par l'art. 263 sont-elles applicables au témoin qui refuserait de répondre?*

Si l'application de la disposition pénale de l'art. 263 devait être rigoureusement restreinte au cas qu'elle a prévu, et qui est celui de la non-comparution, il en résulterait qu'un témoin pourrait impunément refuser de répondre. Le législateur n'a pas entendu sans doute lui accorder cette faculté ; car la vérité, comme le dit le tribun Perrin sur l'article que nous expliquons, est une dette dont chaque individu doit s'acquitter envers la justice.

Nous pensons, par ces motifs, que le refus de répondre doit être assimilé au défaut de comparution, et que les peines prononcées par l'art. 263 sont conséquemment applicables. (V. *suprà*, n° 1029.)

[[M. DALLOZ, t. 12, p. 580, n° 3, conteste cette solution qui cependant est enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 364; THOMINE DESMAZURES, p. 457, et BOITARD, t. 2, p. 203.

Le refus de comparaître, dit M. Dalloz, est un fait matériel, qui tombe sous les sens, dont l'appréciation par conséquent n'excède pas les pouvoirs du juge-commissaire; le refus de répondre n'est pas aussi facile à juger, il peut résulter uniquement de ce que le témoin s'exprime en termes généraux ou évasifs.

On objecte à la vérité que le juge-commissaire décidera si le témoin répond ou ne répond pas à ses interrogations, et que, s'il suffisait de quelques paroles insignifiantes et sans portée pour éviter la condamnation, l'obligation où est chaque citoyen de faire connaître la vérité à la justice deviendrait illusoire.

Mais cette objection ne nous touche pas, par ce motif surtout qu'il s'agit d'une pénalité et qu'on ne peut pas étendre les termes de la loi par analogie.

Toutefois nous reconnaîtrons que, devant le tribunal, la partie intéressée pourra assigner en dommages-intérêts le témoin qui ne se sera pas contenté de dire, *je ne sais rien*, mais qui aura formellement déclaré *je ne veux pas répondre*. Dans ce dernier cas, le témoin pourra être relaxé de la demande, s'il se trouve dans une position exceptionnelle, par exemple s'il a été avocat, conseil, etc., etc., ainsi qu'on va le voir à la question suivante.

Nous disons *devant le tribunal*. Ce sera évidemment le tribunal saisi de la demande principale. Il y a, en matière d'enquête, pour tout ce qui concerne les témoins, attribution forcée à ce tribunal juge du fond. Ne peut-on pas dire d'ailleurs que le témoin est assigné là en garantie, car les dommages-intérêts ne peuvent être que la représentation de la condamnation occasionnée par le silence du témoin? Par le même motif, nous ne partageons pas l'opinion de M. Carré sur la *Quest.* 1048, et il nous semble naturel, comme aux auteurs cités *eodem loco* par M. Carré, que, *quel que soit le domicile du témoin, la demande soit portée devant le tribunal où se fait l'enquête, puisque ce tribunal a déjà connaissance de la contumace du témoin et des causes qui ont donné occasion à ces frais.*]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 159.

1037. *N'est-il pas des personnes qui ne peuvent être contraintes à déposer?*

La décision donnée sur la précédente question suppose qu'il ne s'agit pas des personnes qui ne peuvent être contraintes à déposer, parce qu'elles sont obligées au secret par état.

Ainsi, les confesseurs, les avocats, les avoués, les notaires, les médecins, les chirurgiens, les sages-femmes et les pharmaciens, ne sont pas sujets à l'applications des peines prononcées par l'art. 263 (1).

---

(1) Mais nous ferons à ce sujet plusieurs observations :

Premièrement à l'égard des confesseurs, nous remarquerons que la Cour de cassation,

[[Ces principes ont été consacrés, à l'égard des avocats, par une nombreuse jurisprudence qui ne peut plus laisser aucun doute sur la question. Nous citerons notamment deux arrêts de la Cour de Rouen, des 5 août 1816 et 9 juin 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 327 et 328), et celui que la Cour de cassation a rendu le 20 janvier 1826 (t. 30, p. 417). Mais il faut bien prendre garde, comme M. Carré le fait observer à la note, que l'obligation du secret et par suite la prérogative du silence n'existe pour l'avocat qu'en ce qui concerne les faits qui lui ont été confiés à raison de son ministère; pour ceux qui sont venus autrement à sa connaissance, il peut, il doit les révéler à la justice lorsqu'il est cité en témoignage, alors même que ces faits regarderaient ses clients, et seraient de nature à leur porter préjudice. *Voyez* dans ce sens, le même arrêt du 20 janv. 1826, celui du 14 décembre 1827, également émané, de la Cour de cassation (*J. Av.*, t. 34, p. 74), et un troisième de la Cour de Grenoble, du 15 février 1810 (t. 11, p. 81) : ce dernier arrêt est spécial aux avoués.

La Gazette des Tribunaux, du 16 décembre 1829, rapporte cependant un jugement du tribunal de Nevers qui a méconnu ces principes, en décidant qu'un avocat et un avoué peuvent être forcés de déposer comme témoins contre leur clients dans l'affaire même qu'ils sont chargés d'instruire et de défendre, et que, s'ils refusent, on peut les empêcher d'assister, comme conseils, à l'audition des autres témoins. Cette espèce de pénalité, qui est en opposition flagrante avec le texte de la loi, nous paraît complétement arbitraire. Lorsqu'un avocat, appelé devant la justice pour rendre compte de ce qu'il sait, déclare qu'il n'a rien appris que dans l'exercice de son ministère, les magistrats n'ont plus rien à lui demander. Tel est le cri de la raison, et l'avocat qui dévoilerait le secret à lui confié abuserait de la foi publique dont il est le dépositaire.

En ce qui concerne les notaires, la jurisprudence n'est pas aussi unanime. Nous devons même déclarer que, le 23 juillet 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 42), la Cour de cassation a décidé que le notaire ne jouit pas du privilége des avoués et des avocats, et qu'il ne peut se dispenser de déposer en justice criminelle sur les faits

---

par arrêt du 30 novembre 1810 (*V.* Denevers, 1811, p. 18, et *J. Av.*, t. 11, p. 94), a jugé non-seulement qu'un prêtre ne pouvait être contraint de déposer de faits dont il avait acquis la connaissance comme confesseur, mais encore qu'il pouvait se dispenser de rendre témoignage de ceux qui lui auraient été révélés hors confession, mais par suite de confession et sous la foi de l'inviolabilité de cet acte religieux. M. Merlin avait cependant requis que la dispense de la révélation fût circonscrite dans le cercle de la confession seulement; il pensait que, hors ce cas, un prêtre était tenu, comme tout autre citoyen, à déclarer à la justice les faits et les circonstances d'un délit qu'il avait connu. La Cour a bien rendu hommage à ce principe dans l'arrêt que nous venons de citer; mais elle a décidé que, *dans l'espèce*, la même inviolabilité devait être observée, et que le prêtre n'était pas tenu à la révélation. Nous estimons que ces règles, admises en matière criminelle, doivent, à plus forte raison, être suivies en matière civile.

Secondement, à l'égard des avocats, avoués et notaires, la dispense de déposer n'est pas applicable dans le cas où ils auraient eu connaissance des faits avant que la partie leur eût accordé sa confiance, ou s'ils n'avaient été consultés ou employés par elle qu'à dessein de les empêcher de déposer. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 266, et le *Nouv. Répert.*, au mot *Déposition*, § 2.)

Troisièmement, quant aux médecins, chirurgiens, sages-femmes et apothicaires, M. Bourguignon, dans son *Manuel d'instruction criminelle*, p. 169, fait observer avec raison, sur l'art. 155 du Code d'instruction criminelle, que la dispense ne peut avoir lieu qu'autant qu'ils ont eu à traiter de maladies secrètes, et non de blessures; ce que M. Merlin exprime d'une manière équivalente, en disant qu'ils ne peuvent être entendus sur les faits relatifs aux *maladies* qu'ils ont traitées, et pour lesquelles on leur a recommandé le secret.

Enfin l'art. 268 indique d'autres personnes qui ne peuvent être entendues comme témoins.

dont il a eu connaissance à raison de l'exercice de ses fonctions. Cette décision pourrait se soutenir s'il était vrai que le ministère des notaires se bornât à constater les conventions des parties et à en dresser l'acte authentique, qu'il ne fût, en un mot, qu'un instrument passif; mais il n'en est point ainsi : dans les actes les plus importants, chaque partie à son notaire auquel elle confie la discussion de ses intérêts, dans beaucoup de circonstances, ils sont appelés à diriger par leurs conseils la conduite de leurs clients, par conséquent, à recevoir d'eux les confidences qu'exige la situation de leurs affaires. C'est donc une œuvre de confiance qu'ils exercent, ce serait détruire cette confiance que de leur imposer la violation du secret. C'est ce qu'ont reconnu un arrêt de la Cour de Montpellier, du 24 septembre 1827 (*S.*, 28-2-127), et un jugement très bien motivé, du tribunal de Moulins, rapporté *J. Av.*, t. 11, p. 95, à la note.

Pour les médecins, le principe a été également appliqué par un arrêt de la Cour de Grenoble, du 23 août 1828 (*S.*, 28-2-318).

Tous ces arrêts décident aussi que l'obligation du secret ne cesse point d'exister, alors même que la personne intéressée déclarerait consentir à la déposition du témoin.

La doctrine est également unanime sur tous ces points, comme on peut s'en convaincre en lisant les ouvrages de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 364, n° 3; LEGRAVEREND, t. 1, p. 236; BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 292, note 37; PIGEAU, *Procéd.*, t. 1, p. 278; MERLIN, *Répert.*, t. 1, p. 450 et 467, t. 3, p. 566, et t. 13, p. 438, § 2, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 438. Ce dernier auteur enseigne qu'en dehors des personnes obligées au secret par état, il en est dont la reticence serait excusable et ne devrait pas être punie, par exemple si le témoin était le frère ou la sœur de l'une des parties, et que, non reproché, des motifs d'affection le portassent néanmoins à se taire. Cette réflexion, dont nous reconnaissons la justesse, vient à l'appui de l'opinion que nous avons émise sur la question précédente.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n 160 et s.

1038. *Le juge-commissaire peut-il prendre sur lui de dispenser le témoin de déposer ou de le contraindre à le faire?*

DUPARC-POULLAIN, au t. 9 de ses *Principes*, p. 362, n° 99, dit qu'après avoir fait prêter serment au témoin, le juge-commissaire doit rapporter les motifs de dispense que ce témoin pourrait alléguer, et le faire souscrire sa déclaration s'il sait signer; mais qu'il n'est pas le seul juge de la question de savoir si ce témoin doit déposer; que c'est au corps du siége qu'il appartient de la décider.

Nous partageons cette opinion de Duparc, en convenant néanmoins que le juge-commissaire ne doit faire ce référé au tribunal qu'autant que la partie à la requête de laquelle le témoin a été assigné, persisterait à ce qu'il fût entendu.

[[C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 461, et le nôtre.]]

En ce cas, il serait prudent au poursuivant de demander prorogation de délai, s'il avait lieu de présumer que cet incident ne pût être jugé avant l'expiration de celui où l'enquête devrait être close (1).

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 364, n° 4, donne le même conseil.]]

---

(1) Nous croyons cependant que, si le tribunal décidait que le refus que le témoin aurait fait de déposer n'était pas fondé, le défaut de demande en prorogation n'empêcherait pas de continuer l'enquête, puisque la suspension ne pourrait être imputée à faute au poursuivant : celui-ci agirait donc régulièrement en obtenant une ordonnance dan

1039. *Est-ce avant ou après l'audition des témoins présents que le juge-commissaire doit appliquer les dispositions pénales de l'art.* 263

Il nous semble que cette application ne doit être faite qu'après l'audition des témoins présents, ceux qui ne le sont pas ayant toujours la faculté de se présenter, et pouvant être entendus tant que dure l'enquête. Sous l'empire de l'ordonnance, l'usage était contraire ; les peines étaient prononcées avant l'audition ; mais il y en avait une raison particulière, tirée de ce que les témoins devaient être présents à la première séance, pour y prêter serment devant les parties, qui n'assistaient point, comme aujourd'hui, à leurs dépositions. (*V.* l'ordonn., tit. 22, art. 6).

[[C'est notre opinion et celle de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 461, et de M. DELAPORTE, t. 1, p. 262.]]

1040. *La condamnation à l'amende emporte-t-elle la contrainte par corps?*

La négative résulte positivement de la suppression de ces mots, *et par corps*, dans la rédaction communiquée au conseil d'État. (LOCRÉ, t. 1, p. 481.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 516, fait, avec raison, la même observation.]]

1041. *L'ordonnance du juge-commissaire est-elle sujette à l'appel, tant de la part du témoin condamné, que de la part de la partie qui l'a assigné?*

Nous croyons pouvoir répondre affirmativement sur cette question : la partie qui poursuit l'enquête peut avoir à se plaindre de la modicité de la somme qui lui serait adjugée pour ses dommages-intérêts, et il serait injuste, dans cette circonstance, qu'elle n'eût pas, pour ses avantages, les mêmes droits que les témoins. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 157.)

[[Cette opinion nous paraît fondée ; M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 515, enseigne que, si l'opposition est formée par le témoin, celui-ci doit y appeler la partie pour qu'elle puisse défendre ses intérêts.]] Voy. *suprà*, p. 592.

1042. *Que doit-on faire pour assurer la comparution d'un témoin qui ne pourrait se présenter parce qu'il se trouverait sous le coup d'une contrainte par corps?*

La partie qui se propose d'appeler le témoin doit, dans le cas même où celui-ci devrait être entendu en justice de paix ou devant un tribunal de commerce, présenter au président du tribunal civil du lieu où la déposition doit être reçue, une requête tendant à ce qu'il lui soit donné *sauf-conduit*. Le témoin lui-même peut former cette demande, comme le dit M. PIGEAU, t. 1, p. 263.

Le sauf-conduit est l'acte par lequel on garantit *conduite sauve*, c'est-à-dire que le porteur peut se rendre dans tel lieu sans risque..... Il est accordé sur les conclusions du ministère public, et la durée en est fixée à peine de nullité.

---

la huitaine du jour de la signification du jugement qui aurait ordonné au témoin de déposer, et en le faisant assigner ensuite aux jour et heure qu'elle aurait fixés. (*V.* Duparc-Poullain, *ubi suprà*, et le Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 159 et suiv.)

[Les motifs de cette opinion, que nous partageons, sont développés dans une dissertation de M. COFFINIÈRES (*J. Av.*, t. 11, p. 195) ; en ce cas, la décision du tribunal est avec esprit de prorogation tacite, ce qui ne contrarie pas nos solutions des *Questions* 1044 et 1094 *bis*.]

En vertu du sauf-conduit, le débiteur appelé en témoignage ne peut être arrêté ni le jour fixé pour sa comparution, ni pendant le temps nécessaire pour aller et pour revenir.

Telles sont, sur la question que nous avons posée, les conséquences qui résultent de l'art. 782 du Code (*V.* nos *Quest.* sur cet article), de l'art. 77 du Tarif, d'un avis du conseil d'État, du 30 mai 1807, et enfin d'une lettre du Ministre de la justice, du 8 sept. de la même année. (*V.* BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 542, note 6.) Voy. Q. 2653.

[[Cette procédure est aussi indiquée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 364, n° 5, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 459. Le témoin pourrait demander lui-même le sauf-conduit, les frais en seraient à la charge de la partie qui poursuit l'enquête.]]

1043. *Lorsque le juge-commissaire a ordonné la réassignation des témoins défaillants, faut-il appeler de nouveau la partie contre laquelle l'enquête se fait à comparaître au jour et à l'heure fixés pour l'audition de ces témoins?*

Nous croyons que cette assignation de la partie n'est nécessaire que dans le cas où elle ne comparaîtrait pas personnellement à l'enquête; encore pourrait-on soutenir, avec quelque raison, que le poursuivant serait fondé à s'en dispenser, car cette partie aurait à s'imputer à elle-même les suites de sa non-comparution. D'ailleurs la loi, qui exige une première assignation, n'en prescrit pas une seconde.

A plus forte raison, lorsque la partie est présente, le procès-verbal qui constate ce fait constate également la connaissance qu'elle a eue du nouveau jour fixé pour la comparution, et si, c'est son avoué qui comparaît pour elle, c'est à lui de l'avertir.

Cette décision, que donnent en termes équivalents les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 159, nous paraît fondée en analogie sur la disposition des art. 267 et 1034 du Code de procédure.

Au surplus, le juge-commissaire fera bien, en semblable circonstance, de déclarer dans son procès-verbal que les parties en cause emportent assignation à comparaître au jour et à l'heure auxquels il ordonne que le témoin défaillant sera réassigné.

[[Cette procédure, que nous approuvons, est aussi indiquée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 365, n° 6; DALLOZ, t. 12, p. 581, n° 11. M. DELAPORTE pense qu'il faudrait une sommation d'avoué à avoué, t. 1, p. 264.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 471.

1044. *Si le jour fixé par le juge-commissaire pour la comparution du témoin défaillant excédait le délai prescrit par l'art. 278 pour la clôture de l'enquête, serait-il nécessaire que le poursuivant en demandât la prorogation?*

Cette question peut se présenter dans le cas où le témoin défaillant serait ou l'un des derniers appelés pour déposer, ou domicilié à une distance éloignée; alors, en effet, le juge-commissaire ne pourrait fixer le jour de la réassignation dans le délai de huitaine, porté en l'art. 278 pour la clôture de l'enquête, à partir de l'audition du premier témoin.

Ainsi, le jour auquel le témoin défaillant devrait être réassigné tomberait après l'expiration de cette huitaine.

Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 160 et 161, apportent des raisons d'après lesquelles ils décident que, dans une pareille circonstance, où l'on ne saurait imputer au demandeur la cause qui empêcherait que l'enquête fût terminée dans le délai prescrit, l'ordonnance

du juge suffirait pour accorder la prorogation, sans qu'il fût besoin de demande de la partie (1).

ART. 264. Si les témoins réassignés sont encore défaillants, ils seront condamnés, et par corps, à une amende de 100 fr.; le juge-commissaire pourra même décerner contre eux un mandat d'amener.

Ord. tit. 22, art. 8.—C. d'inst. crim., art. 80, 100, 157, 355.—C. de pr., art. 1029.—[Notre Dict. gén. de pr., v° *Enquête*, n° 322.—Arm. Dalloz, v° *Témoin*, n°s 177, 178, 179.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 3, tit. 3, ch. 2, sect. 2, à la note, éd. in-8°, t. 6, p. 426.— Locré, t. 21, p. 619.— QUESTIONS TRAITÉES: Est-ce au juge-commissaire ou au tribunal qu'il appartient de prononcer la contrainte portée en l'article 264? *Q.* 1045. — L'amende de 100 fr. qui doit être prononcée, et par corps, dans l'espèce de l'art. 264 ne peut-elle l'être que sur le réquisitoire de la partie? *Q.* 1046. — Le mandat d'amener ne peut-il être décerné que d'office, comme l'amende? *Q.* 1047.— A la charge de qui sont les frais d'exécution du mandat d'amener, et comment en doit-on poursuivre le remboursement? *Q.* 1048.]

CCXXII. On a vu (art. 263) que les témoins défaillants sont réassignés à leurs frais. La loi, prévoyant ici l'opiniâtreté dans la désobéissance, veut qu'ils soient, en cas d'un second défaut, condamnés par corps à une amende, et accorde même au juge-commissaire la faculté de décerner contre eux un mandat d'amener, si les circonstances l'exigent; par exemple, si le témoin est *nécessaire*, si l'affaire est urgente, etc., si l'ordre public paraît intéressé, etc.

1045. *Est-ce au juge-commissaire ou au tribunal qu'il appartient de prononcer la contrainte portée en l'art.* 264?

Tous les commentateurs du Code estiment que c'est au juge-commissaire à prononcer la contrainte par corps, encore bien que l'art. 264 n'en contienne pas une disposition formelle.

Mais, par les raisons déduites sur la 830e *Quest.*, nous estimons que cette contrainte ne pourrait être exercée sans jugement.

[[Nous ne partageons pas cette opinion de M. Carré; ne serait-il pas contraire aux principes de faire prononcer la contrainte par corps, qui n'est que l'accessoire de la condamnation, par un juge différent de celui qui a prononcé la condamnation? Le mandat d'amener entraîne la contrainte par corps, et c'est le commissaire qui le décerne; son ordonnance doit donc être également exécutoire par corps pour le tout: c'est l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 516; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 365, n° 7; DELAPORTE, t. 1, p. 265, et DALLOZ, t. 12, p. 581, n° 14.]]

---

(1) Ces auteurs ajoutent néanmoins qu'il serait prudent de requérir cette prorogation sur le procès-verbal d'enquête, conformément à l'art. 280; mais ce réquisitoire conduirait à faire prononcer la prorogation par le tribunal, et entraînerait des frais inutiles, puisqu'il n'est pas présumable que le tribunal puisse jamais refuser, en pareil cas, la prorogation demandée. Nous croyons donc qu'en cette circonstance particulière, où il s'agit d'un événement que la partie ne pouvait prévoir, le juge-commissaire accorde la prorogation, par cela même qu'il fixe, pour la réassignation du témoin, un jour postérieur à l'expiration du délai. En un mot, ce serait pure chicane, selon nous, que de demander qu'une forclusion fût prononcée en semblable circonstance, faute de prorogation accordée par le tribunal lui-même.

[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 461, professe l'opinion contraire, et nous sommes de son avis; car il n'est pas dans les attributions du juge-commissaire de proroger l'enquête. Voyez encore, dans le même sens, M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 365, n° 6, et ce que nous avons dit et rapporté d'analogue, sous les *Questions* 1011 et 1094 *bis*. *V.* aussi *suprà* la *Question* 1038.]

1046. *L'amende de 100 f. qui doit être prononcée, et par corps, dans l'espèce de l'art. 264, ne peut-elle l'être que sur le réquisitoire de la partie ?*

Elle doit être prononcée d'office par le juge-commissaire, puisqu'elle est dévolue au fisc exclusivement. Il est d'ailleurs à remarquer que cette amende est tout-à-fait indépendante de celle qui pourrait être prononcée dans l'espèce de l'art. 263. Le juge n'est pas obligé de prononcer celle-ci ; il est de son devoir rigoureux de prononcer celle-là ; l'une peut être fixée à une somme inférieure à celle de 100 f. ; l'autre ne peut être moindre ou supérieure ; enfin, ces deux amendes étant infligées chacune pour un cas particulier, la condamnation portée en vertu de l'art. 263 ne peut être un prétexte pour modérer celle à prononcer d'après l'art. 264.

[[Cette solution est parfaitement juste ; mais, suivant M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 516, dont nous partageons l'opinion, l'amende étant exclusivement attribuée au fisc, la partie pourrait intenter, contre le témoin, une action en dommages-intérêts, aux termes de l'art. 1382 Code civ.]]

1047. *Le mandat d'amener ne peut-il être décerné que d'office, comme l'amende?*

Les termes dans lesquels est conçue la disposition de l'art. 264 relative à ce mandat, font suffisamment connaître qu'il est laissé à la prudence du juge-commissaire de le décerner, soit d'office, soit à la requête de la partie qui poursuit l'enquête, et qui a intérêt à faire entendre le témoin (1).

[[C'est avec raison que M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 459, enseigne la même doctrine. Au reste le mandat d'amener que l'art. 264 autorise à décerner ne peut jamais se convertir en mandat de dépôt, comme il arrive, aux termes de l'art. 100 du Code d'instr. crim., à l'égard des témoins en matière criminelle ; car la non-comparution en matière civile n'est réputée par la loi ni crime, ni délit : ainsi le pensons-nous avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 517, et BONCENNE, t. 4, p. 293.]]

1048. *A la charge de qui sont les frais d'exécution du mandat d'amener, et comment en doit-on poursuivre le remboursement ?*

Ces frais sont évidemment à la charge du témoin, non-seulement parce qu'ils sont occasionnés par lui, mais encore parce qu'ils se trouvent compris dans ceux de la réassignation qu'il doit supporter d'après l'article précédent.

La partie qui en aurait fait l'avance n'a qu'une action contre le témoin, mais nous ne pensons pas qu'il fût prudent de suivre l'opinion des auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du notariat*, t. 2, p. 167, et de porter cette action devant le tribunal où l'enquête aurait été faite ; comme pure personnelle, elle est régulièrement de la compétence du juge du domicile.

[[Cette opinion est embrassée par M. DALLOZ, t. 12, p. 581, n° 16. Nous l'avons déjà combattue, *suprà*, *Quest.* 1036.]]

ART. 265. Si le témoin justifie qu'il n'a pu se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire le déchargera, après sa déposition, de l'amende et des frais de réassignation.

---

(1) On sent que le juge-commissaire ne doit se porter à faire droit au réquisitoire que la partie ferait à ce sujet, qu'autant qu'il y a lieu de présumer que la déposition du témoin est essentielle à la cause.

Code d'instr. crim., art. 81, 158, 356. — [LOCRÉ, t. 21, p. 465. — QUESTIONS TRAITÉES : De ce que l'art. 265 ne parle que de l'amende et des frais, résulte-t-il que le juge-commissaire ne puisse décharger le témoin des condamnations aux dommages-intérêts qu'il aurait prononcées lors du premier défaut? *Q.* 1049. — L'ordonnance par laquelle le juge-commissaire admettrait ou rejetterait les excuses du témoin est-elle sujette à l'opposition ou à l'appel? *Q.* 1050.]

CCXXIII. La rigueur des dispositions des articles précédents est tempérée par celui-ci, en considération de l'impossibilité où le témoin défaillant eût pu se trouver de comparaître au jour fixé par l'assignation : en ce cas la loi lui offre un moyen très simple de faire rapporter les condamnations prononcées contre lui, c'est de se présenter au jour fixé par la seconde assignation, et même postérieurement, s'il en est temps encore (1) ; il expose au juge-commissaire les motifs qui l'ont empêché de comparaître (2). Mais ce magistrat doit s'occuper avant tout de l'objet principal de son opération ; il commence par entendre la déposition du témoin, puis, s'il juge les moyens d'excuse admissibles, c'est-à-dire s'il considère qu'effectivement il n'a pu comparaître au jour indiqué, il le décharge de l'amende et même des frais de réassignation.

1049. *De ce que l'art.* 265 *ne parle que de l'amende et des frais, résulte-t-il que le juge-commissaire ne puisse décharger le témoin des condamnations aux dommages-intérêts qu'il aurait prononcées lors du premier défaut?*

Nous croyons, avec M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 205, et M. HAUTEFEUILLE, p. 162, que les raisons qui ont porté le législateur à autoriser le juge-commissaire à décharger de l'amende et des frais de réassignation le témoin qui justifie qu'il a été dans l'impossibilité de comparaître, militent également en sa faveur, relativement aux dommages-intérêts. Si le législateur n'en parle pas, il nous semble que c'est une omission que la justice veut que le magistrat réparе : il peut donc décharger le témoin de toutes les condamnations prononcées, soit d'après l'art. 263, soit d'après l'art. 264, *et encore bien qu'il eût décerné mandat d'amener.* (*V.* DELAPORTE, t. 1, p. 266 ; Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 168).

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 518, embrasse, avec raison, cet avis.]]

---

(1) Cette démarche du témoin défaillant ne souffre aucune difficulté, pourvu qu'elle ait lieu dans un instant où les parties sont présentes ou appelées devant le juge-commissaire, et surtout avant la clôture du procès-verbal d'enquête ; mais, si les parties ne sont ni présentes, ni appelées pour assister à la déposition de ce témoin, si l'enquête est parachevée, si, par conséquent, la mission du juge-commissaire est finie, nous ne pensons pas que les raisons d'excuse et la déposition du témoin puissent encore être entendues par le juge.

[Le témoin pourrait aussi assigner les parties pour se trouver à son audition, pourvu qu'il en eût obtenu ordonnance du juge-commissaire, et que l'on se trouvât encore dans le délai. C'est ce que M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 518, lui conseille de faire, pour éviter les frais de réassignation.]

(2) La loi ne décide rien, soit sur le genre d'excuses que le témoin doit produire, soit sur l'espèce de preuves qu'il aurait à fournir pour les justifier, et il s'ensuit que la conscience du juge doit seule le diriger dans cette circonstance. Nous remarquerons seulement qu'il ne pourrait admettre l'excuse d'un témoin qui prétendrait n'avoir pu comparaître, parce qu'il serait sous le coup d'une contrainte par corps. Il aurait à s'imputer la faute de n'avoir pas obtenu un *sauf-conduit*, conformément à l'art. 782.

[La nullité de l'assignation donnée au témoin peut aussi lui servir d'excuse, et, dans ce cas, cette nullité peut être invoquée par la partie contre laquelle elle est produite, si toutefois elle l'intéresse, et qu'elle n'ait point été réparée par la seconde assignation. *V.*, sur ce point et dans le même sens, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 518.]

1050. *L'ordonnance par laquelle le juge-commissaire admettrait ou rejetterait les excuses du témoin, est-elle sujette à l'opposition ou à l'appel?*

C'est notre opinion, fondée sur ce que les parties ayant la faculté de se pourvoir contre un jugement quelconque du tribunal de première instance, doivent, à plus forte raison, avoir celle de demander la réformation le l'ordonnance d'un juge-commissaire. Voy. Q. 1013 *bis*.

[[Cette solution nous semble exacte; elle est aussi donnée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 366, n° 8. Mais si le juge a été commis par une Cour supérieure, ses ordonnances sont sans appel. *Voir* notre *Quest.* 1032 *bis*, *in fine*.]]

ART. 266. Si le témoin justifie qu'il est dans l'impossibilité de se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire lui accordera un délai suffisant, qui néanmoins ne pourra excéder celui fixé pour l'enquête, ou se transportera pour recevoir la déposition. Si le témoin est éloigné, le juge-commissaire renverra devant le président du tribunal du lieu, qui entendra le témoin ou commettra un juge. Le greffier de ce tribunal fera parvenir de suite la minute du procès-verbal au greffe du tribunal où le procès est pendant, sauf à lui à prendre exécutoire pour les frais contre la partie à la requête de qui le témoin aura été entendu.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 285, n° 28.]—Loi du 20 therm. an 4, art. 2.—Code de proc., art. 412, 782, 1035.—[Notre Dict. gén. de pr., v° *Enquête*, n°s 98 et 99.—Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 1er, tit. 1er, chap. 6, quest. 93, éd. in-8°, t. 2, p. 71.—Locré, t. 21, p. 465 et 650.—QUESTIONS TRAITÉES: A quelle époque et de quelle manière le témoin doit-il justifier qu'il est dans l'impossibilité de se présenter au jour indiqué? *Q.* 1051. — Qu'arrive-t-il lorsque les excuses du témoin sont admises ou rejetées? *Q.* 1052. — Comment s'exécute la décision par laquelle le juge-commissaire ordonne l'une des trois choses mentionnées en l'article précédent? *Q.* 1053.— L'art. 266 est-il applicable, par analogie, au cas prévu par la dernière disposition de l'art. 255, en ce que le premier exige qu'on envoie la minute du procès-verbal d'enquête au greffe du tribunal où le procès est pendant? *Q.* 1054.]

CCXXIV. Lorsqu'un témoin assigné pour déposer dans une enquête se voit dans l'impossibilité de comparaître au jour fixé par l'assignation, le plus sage parti qu'il ait à prendre est d'en prévenir, sans retard, le juge-commissaire, en lui justifiant des causes qui l'empêchent de se présenter. Les causes d'empêchement sont-elles suffisamment justifiées? Le juge-commissaire examine si l'obstacle peut cesser avant l'expiration du temps prescrit pour faire l'enquête, ou s'il doit durer au-delà. Dans le second cas, il se transporte lui-même, assisté du greffier, auprès du témoin, pour recevoir sa déposition. L'une et l'autre de ces mesures sont réglées par une ordonnance consignée au procès-verbal.

Que si le témoin qu'un obstacle durable empêche de comparaître se trouve dans un lieu trop éloigné, par exemple, s'il est tombé malade en voyage, ou s'il est retenu par des fonctions publiques ou autres affaires d'une importance grave, le juge-commissaire délivre une ordonnance de renvoi devant le président du tribunal du lieu où se trouve le témoin, et le président reçoit la déposition ou commet un juge pour la recevoir.

La partie qui veut faire exécuter cette ordonnance la joint à l'appointement et présente les deux pièces, avec une requête, au président devant lequel est ordonné le renvoi; la requête répondue, le témoin assigné et sa déposition recueillie par procès-verbal, le greffier du tribunal du lieu doit faire parvenir de suite la minute même de ce procès-verbal au greffe du tribunal où le procès est pendant, sauf à lui à prendre exécutoire pour les frais qui lui sont dus

contre la partie qui a fait entendre le témoin ; c'est toujours à celui qui poursuit une procédure à faire l'avance des frais. (*V.* les développements donnés sur les *Questions* suivantes.)

1051. *A quelle époque et de quelle manière le témoin doit-il justifier qu'il est dans l'impossibilité de se présenter au jour indiqué ?*

Il le doit faire au jour fixé pour son audition, afin que les parties puissent combattre ses moyens de justification, si elles le jugent convenable, connaître le délai que le juge-commissaire croirait devoir lui accorder, ou le jour qu'il fixerait pour se transporter près de lui, si cela lui paraissait nécessaire.

Si la partie défenderesse à l'enquête ou son avoué n'avait pas comparu, on agirait ainsi que nous l'avons dit sur la 1043e *Quest.*

Quant à la manière dont le témoin doit proposer son *exoine*, c'est-à-dire son excuse ou sa justification, la loi n'ayant rien statué à ce sujet, il en résulte que le juge-commissaire peut l'admettre lorsqu'elle est produite par un mandataire, par des parents ou amis, même par lettres missives.

Une maladie plus ou moins grave, une incommodité passagère, une absence accidentelle ou forcée, des fonctions publiques qui, aux jour et heure indiqués pour l'enquête, exigent la présence du témoin dans un autre lieu, telles sont les causes les plus ordinaires qui déterminent l'application de l'article 266.

Ces causes sont justifiées, ou par la notoriété publique, ou par toutes pièces que les circonstances auraient permis au témoin de se procurer ; elles pourraient même, si elles étaient déclarées de vive voix, être admises sans preuves, d'après le degré de confiance que le juge aurait dans la véracité du témoin : c'est aux parties intéressées à en contester le mérite.—(*V.* Comm. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 170 à 173.)

[[Tout cela est parfaitement exact. *V.*, dans le même sens, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 519, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 461 et 462.]]

1052. *Qu'arrive-t-il lorsque les excuses du témoin sont admises ou rejetées ?*

Si le juge-commissaire rejette les excuses, il applique la disposition de l'article 263.

S'il les admet, il ordonne de trois choses l'une : ou que le témoin se présentera dans un délai qu'il indique, ou qu'il se transportera au domicile de ce témoin, pour y recevoir sa déposition, ou que ce même témoin sera entendu, soit par le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel il sera domicilié, soit par un juge délégué par ce magistrat.

[[C'est le texte de l'article.]]

1053. *Comment s'exécute la décision par laquelle le juge-commissaire ordonne l'une des trois choses mentionnées en la question qui précède ?*

C'est à la partie qui poursuit l'enquête à lever de suite l'ordonnance du juge-commissaire, et à en faire, envers le témoin, l'usage que les circonstances exigent. Par exemple, si cette ordonnance fixe un autre jour pour l'audition du témoin, ou si elle porte déclaration du transport du juge-commissaire au domicile de ce témoin, le poursuivant doit signifier l'ordonnance à ce dernier, avec sommation d'y obtempérer ; et, à l'égard du défendeur à l'enquête, il l'assigne pour être présent, s'il n'avait pas comparu lors de la décision qui a prononcé sur les excuses.—*V.* 1043e *Quest.*

Si [illegible], le juge a renvoyé le témoin devant le président d'un autre tribunal, le poursuivant doit présenter à ce magistrat, ou au juge qu'il aurait

délégué lui-même, une requête à laquelle il joindra une expédition de l'ordonnance du juge-commissaire, et par laquelle il demandera qu'il soit fixé jour et heure pour l'audition du témoin ; l'ordonnance qui interviendra sera signifiée au témoin avec citation.

Quant au défendeur à l'enquête, il sera nécessairement assigné pour être présent à l'audition du témoin, puisqu'il n'aurait pas eu ou ne pourrait être censé avoir eu connaissance du jour et de l'heure qui auraient été fixés.

Nous croyons cependant, comme les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 177, qu'il serait inutile, dans cette circonstance, d'observer le délai de trois jours prescrit par l'article 261, puisque le défendeur aurait déjà eu connaissance des noms, profession et demeure du témoin, en exécution du même article, et qu'il a eu non-seulement ces trois jours, mais encore tout le temps qui s'est écoulé depuis l'ouverture de l'enquête, pour prendre les renseignements nécessaires sur la personne du témoin.

[[Aucune difficulté sur toutes ces solutions.]]

1054. *L'art. 266 est-il applicable, par analogie, au cas prévu par la dernière disposition de l'art. 255, en ce que le premier exige qu'on envoie la minute du procès-verbal d'enquête au greffe du tribunal où le procès est pendant?*

Dans l'espèce de l'art. 266, le juge-commissaire fait, par rapport à un témoin, ce que l'art. 255 autorise le tribunal entier à faire pour l'enquête entière : la similitude des deux cas est donc évidente, et conséquemment il y a même raison pour décider que, dans l'espèce de ce dernier article, la minute, et non une expédition du procès-verbal de l'enquête, doit être adressée au tribunal qui a rendu l'appointement à informer.—(V. *Quest. de Lepage*, p. 199.)

[[Cette opinion, fondée en raison et en droit, s'appuie d'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 25 février 1813 (*J. Av.*, t. 11, p. 124), et de l'assentiment de MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 285, notes 9 et 10, LEPAGE, p. 199, et COFFINIÈRES, *J. Av., loco citato.*]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 484, 485.

ART. 267. Si les témoins ne peuvent être entendus le même jour, le juge-commissaire remettra à jour et heure certains ; et il ne sera donné nouvelle assignation ni aux témoins, ni à la partie, encore qu'elle n'ait pas comparu.

Tarif 167.—[Notre Comm. du tarif, t. 1, p. 285, n° 30.] — Ordonn. de 1667; tit 22, art. 11. — C. de Proc., art. 269. — [Locré, t. 21, p. 466.]

CCXXV. Puisque les témoins et le défendeur ont été appelés par une assignation qui leur indiquait un jour et une heure fixes, il faut qu'ils soient avertis par une décision légale de la prorogation donnée à cette assignation. Ainsi pour l'exécution de l'article ci-dessus, le juge-commissaire doit rendre une ordonnance écrite au procès-verbal d'enquête, qui, en énonçant les différentes remises que les circonstances nécessitent, lie entre elles toutes les vacations de l'enquête. C'est aussi parce que la loi présuppose que cette ordonnance sera rendue par le juge-commissaire et lue aux témoins et à la partie, qu'elle dispose qu'il ne leur sera pas donné d'assignation nouvelle. (*V.* Comm. inséré aux *Ann. du Not.*, t. 2, p. 178 ; HAUTEFEUILLE, p. 160, et l'art. 269.) (1)

(1) Il n'est pas besoin d'insister pour faire sentir que le juge-commissaire ne peut fixer une remise au-delà du délai dans lequel l'enquête doit être close, conformément à l'art. 278. (*V.* les *Questions* sur l'art. 269.)

[Cette observation s'accorde avec celle que nous avons faite sous la note de la *Question* 1044.]

ART. 268. Nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé.

Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 11.—Code de Proc., art. 270, 275, 282, 413 et suiv. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, n°s 342, 343, 352, 399.— Arm. Dalloz, v° *Témoins*, n°s 16 à 21.—Locré, t. 21, p. 619. — QUESTIONS TRAITÉES : Si l'on avait assigné, malgré la disposition de l'art. 268, une des personnes désignées dans cet article, cette personne ne pourrait-elle être écartée de l'enquête qu'autant qu'elle serait reprochée par la partie? *Q.* 1055.—L'art. 268 doit-il s'entendre seulement de la parenté ou de l'alliance en ligne directe légitime, ou peut-il être étendu à la ligne directe naturelle? *Q.* 1056. — La prohibition prononcée par l'art. 268 doit-elle être appliquée en matière de divorce et de séparation de corps? *Q.* 1057.—Est-il d'autres cas dans lesquels il y ait exception à la prohibition portée en l'art. 268? *Q.* 1058.]

CCXXVI. Rien de plus sage, dit M. Toullier, t. 9, p. 434, que cette prohibition absolue de recevoir le témoignage des parents et alliés au degré fixé par l'article ci-dessus. Ainsi restreinte dans ces justes bornes, elle est fondée sur la nature même, qui forme entre les ascendants et leurs descendants un lien d'amour et de respect tellement fort et tellement sacré, que la morale défend de les entendre en témoignage pour ou contre les uns les autres..... La nature, la religion et la loi réunies forment encore un lien plus fort entre les époux, qui ne sont plus qu'une seule et même personne..... L'un des époux ne peut donc être appelé en témoignage dans une cause qui devient la sienne dès qu'elle intéresse son conjoint.....; enfin, l'union conjugale identifiant ainsi les deux époux, établit entre eux et les parents de l'autre un lien pareil à celui du sang..... Ce n'est plus qu'une seule et même famille dont les intérêts sont confondus : la loi devait donc défendre d'appeler en témoignage les parents et alliés en ligne directe de l'une des parties (1).

1055 *Si l'on avait assigné, malgré la disposition de l'art.* 268, *une des personnes désignées dans cet article, cette personne ne pourrait-elle être écartée de l'enquête qu'autant qu'elle serait reprochée par la partie?*

« Le témoin assigné étant au degré prohibé pour être entendu, n'a pas besoin, dit M. HAUTEFEUILLE, t. 1, p. 155, d'être reproché pour être écarté de l'enquête; le juge-commissaire doit le rejeter d'office, parce que la loi porte, en termes formels, que les parents et alliés à ce degré ne pourront être assignés; s'ils ne peuvent être assignés, ils ne peuvent être entendus : le reproche est dans la loi même; sa disposition est prohibitive. »

Telle est aussi l'opinion de tous les commentateurs du nouveau Code, à l'exception de M. Demiau-Crouzilhac, qui maintient, p. 209, que, l'art. 268 n'attachant point la peine de nullité à la prohibition qu'il prononce, on ne pourrait annuler l'assignation donnée à un parent ou allié en ligne directe. De là cet auteur tire la conséquence que ces témoins ne peuvent se dispenser de comparaître, et qu'ils ont seulement la faculté de refuser leur témoignage.

« C'est, ajoute-t-il, ce qui résulte évidemment de l'art. 283, où il est dit que les parents en ligne directe peuvent être reprochés : d'où il faut conclure que le législateur suppose qu'ils peuvent être assignés; car autrement la disposition de la loi qui présente la parenté en ligne directe comme un moyen de

---

(1) Quant aux parents et alliés collatéraux, *V.* l'art. 283.

reproche, ne serait plus qu'une inconséquence, parce que si réellement la prohibition d'assigner de tels témoins était absolue, on ne serait jamais dans le cas de les reprocher. »

Nous ne croyons pas que l'art. 283 suppose qu'il soit besoin de reprocher des témoins parents ou alliés en ligne directe, pour les empêcher de déposer. S'il en était ainsi, on ne pourrait nier qu'il se trouverait une contradiction manifeste entre les art. 268 et 283. A quoi bon le législateur eût-il défendu d'assigner des témoins qui, s'ils l'étaient au mépris de cette prohibition, ne pourraient néanmoins être écartés qu'en vertu de reproches?.....

Cette contradiction n'existe point, selon nous; car l'art. 283 ne parle point de ceux des parents ou alliés de l'une des parties auxquels se rapporte expressément l'art. 268, *mais des parents ou alliés d'un conjoint décédé sans avoir laissé d'enfants.* (*V.* nos *Quest.* sur l'art. 283.) (1)

[[C'est avec grande raison, selon nous, que la doctrine de M. Carré sur ce point est enseignée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 521; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 367, n° 11; DALLOZ, t. 12, p. 568, nos 2 et 3; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 463; et BOITARD, t. 2, p. 227.]]

1056. *L'art.* 268 *doit-il s'entendre seulement de la parenté ou de l'alliance en ligne directe légitime, ou peut-il être étendu à la ligne directe naturelle?*

D'après Denisart, au mot *témoins*, t. 4, p. 675, n° 10, cette question doit être résolue pour l'affirmative. On peut d'ailleurs l'appuyer d'un arrêt de la Cour de cassation, du 6 avril 1809 (*V. Denevers*, 1809, p. 177, et *J. Av*, t. 11, p. 59), qui a décidé que la prohibition, dans le cas de l'art. 358 du Code du 3 brumaire an 4, était applicable à un enfant naturel adultérin appelé à déposition contre le mari de sa mère. La Cour a déclaré que, le vice de la naissance de l'enfant n'étant d'aucune considération à l'égard du mari qui a contracté une union légale avec la mère, il existe toujours entre celle-ci et son enfant, lors même qu'il est bâtard ou adultérin, un lien naturel d'où résultent des rapports inaltérables d'alliance entre cet enfant et celui qui a épousé sa mère.

On a considéré, d'ailleurs, que les motifs de prudence et les considérations morales qui avaient dicté la prohibition de l'art. 358 du Code de brumaire (aujourd'hui art. 322 du Code d'instruction), à l'égard du fils légitime de l'un des conjoints, s'appliquaient aussi à l'enfant illégitime de la femme vis-à-vis de son mari.

On sent que cette considération trouverait également son application à la prohibition portée en l'art. 268 du Code de procédure (2).

---

(1) Il paraîtrait suivre de cette remarque que l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac se trouverait détruite dans ses bases, et que on doit s'en tenir à celle de M. Hautefeuille ci-dessus rapportée.

Cette dernière opinion trouve d'ailleurs un appui dans le passage suivant du discours du tribun Perrin (*V.* édit. de F. Didot, p. 268) : « Le projet distingue entre les témoins qui *ne peuvent être entendus*, et ceux contre lesquels on peut proposer des reproches. La première classe est composée des parents en ligne directe. La nature ne connaît point de liens plus forts que ceux qui existent du père aux enfants : la corruption ne connaît point d'ingratitude plus criminelle que celle qu'elle élève entre eux. Il ne faut pas que leurs dépositions, quoique rejetées, puissent devenir un monument de parjure ; il ne faut pas qu'un témoin puisse être froissé entre les devoirs de sa conscience et des affections aussi impérieuses.

(2) Si l'arrêt que nous venons de citer n'existait point, nous ne croirions pas devoir émettre une opinion absolument conforme à celle qu'il a consacrée ; nous nous bornerions à dire que la disposition de l'article 268 ne doit être étendue à la ligne

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 521, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 461, approuvent l'opinion de M. Carré, par ce seul mot, que l'art. 268 doit s'appliquer à la *parenté naturelle*, et ils n'entrent dans aucun détail.

M. Carré, à la note, fait pressentir une difficulté sérieuse, et il a tort, selon nous, d'attribuer, à l'arrêt de 1809, cette conséquence qu'un enfant nature non *reconnu* pourrait être reproché. La Cour de cassation a évidemment décidé le contraire, en disant dans son dernier considérant : « Attendu, enfin, « que, dans l'espèce, Étienne Ferrand et Madeleine Chougnard ayant légiti- « mement contracté mariage, et Thomas Alamartine étant RECONNU pour « l'enfant de Madeleine Chougnard, né avant son mariage de son commerce « avec Thomas-Marie, Étienne Ferrand a eu le droit de s'opposer à ce que « cet enfant fût entendu aux débats. »

Peu importe le mode de la reconnaissance dans cette espèce, puisque cette reconnaissance ne paraissait même pas contestée.

En règle générale, même en matière criminelle, rien ne peut préjuger l'état civil d'un enfant ; s'il n'y a pas eu reconnaissance volontaire, l'enfant n'appartient à aucune famille, et de simples présomptions ne suffisent pas, soit pour écarter son témoignage, soit pour faire annuler un don, soit pour intenter une action en suppression d'état; ce n'est pas dans une matière où le législateur a exprimé sa volonté d'une manière précise, qu'il peut être permis de se décider par des considérations instinctives ; aux yeux de la loi les liens du sang ne parlent pas, ils existent.]]

1057. *La prohibition prononcée par l'art.* 268 *doit-elle être appliquée en matière de divorce et de séparation de corps?*

Il est certain, d'après le texte formel de l'art. 251 du Code civil, que l'article 268 n'est point applicable en matière de divorce. Mais les art. 307 du même Code, et 879 de celui de procédure disposant que la demande en séparation de corps doit être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, on avait douté que cet art. 251 du Code civil fût applicable en matière de séparation.

Ce doute a été levé par un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 8 mai 1810 (*V. Denevers*, 1810, p. 200, et *J. Av.*, t. 21, p. 150), qui a déclaré, premièrement, que le législateur, en décidant qu'on pourra intenter la demande en séparation de corps, dans le cas où il y a lieu à demander le divorce pour cause déterminée, n'a pas établi de différence dans la manière de prouver, dans un cas comme dans l'autre, des faits qui sont les mêmes; secondement, qu'on ne peut pas dire que les art. 307 du Code civil, et 879 du Code de procédure, en prononçant que la demande en séparation de corps sera intentée, instruite et jugée dans les formes établies pour les autres de-

---

directe naturelle qu'autant que l'enfant aurait été reconnu par les auteurs de ses jours, conformément à l'art. 334 du Code civil. Nous en apporterions pour preuve les dispositions des art. 158, 383, 756 et 765 du Code civil, qui attachent à cette reconnaissance des effets civils, consistant en droits et en obligations, et nous en conclurions que les liens naturels et civils et le lien d'intérêt qui unissent alors l'enfant aux auteurs de les jours et ceux-ci à lui, exigeraient l'application de l'art. 268 du Code de procédure.

Mais l'enfant naturel non reconnu, l'enfant adultérin ou incestueux qui ne peut l'être (*V.* Code civil, art. 335), nous paraîtraient pouvoir être assignés. Quoi qu'il en soit, il est facile de se convaincre que l'arrêt que nous venons de citer repousserait cette distinction; et c'est aussi ce qu'établissait clairement M. le conseiller chargé du rapport de l'affaire dans laquelle il a été rendu (*V.* nos *Quest.* sur l'art. 233.)

mandes, se soient expliqués sur les qualités des témoins ni sur les causes qui les rendent reprochables.

[[Ces articles ont seulement pour but d'exprimer que la procédure longue et embarrassée, à laquelle sont soumises les demandes en divorce, n'est pas applicable aux demandes en séparation de corps. L'objection qu'on tirait de leurs dispositions étant ainsi détruite, il demeure certain que l'art. 251 a été fait autant pour la séparation de corps que pour le divorce, et que, par conséquent, les ascendants, mais non les enfants des parties ou de leurs conjoints, peuvent être assignés comme témoins, c'est l'opinion de MM. DALLOZ, t. 12, p. 569, n° 4; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 461; BOITARD, t. 2. p 230, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 537. Elle s'appuie encore de trois arrêts des Cours de Toulouse, 25 janvier 1821, Amiens, 5 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 20); Nanci, 7 juillet 1827 (t. 33, p. 229). La Cour de Montpellier a même décidé, le 6 mai 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 211), qu'on doit appliquer, au cas de la demande en nullité de mariage pour défaut de consentement libre de la part des contractants, les dispositions de l'art. 251 du Code, et on peut invoquer les termes de la loi 8, § 5, ff Cod. *de repudiis : quia non facilè quæ domi geruntur per alios possunt probari.*]] **Supp. alph.**, V° *Enquête* n. 91.

1058. *Est-il d'autres cas dans lesquels il y ait exception à la prohibition portée en l'art.* 268?

Cette question était controversée sous l'empire de l'ordonnance de 1667, dont l'art. 11 du tit. 22 portait que les parents ou alliés des parties, jusqu'aux enfants des cousins issus de germains inclusivement, ne pouvaient être témoins en matière civile, pour déposer en leur faveur ou contre elles, et que leurs dépositions seraient rejetées (1).

Il faut, dit VEDEL sur *Catellan*, liv. 9, chap. 7, s'en tenir scrupuleusement à la disposition de la loi, sans entrer dans les motifs de nécessité qu'il peut y avoir d'employer pour témoins des parens au degré de l'ordonnance, qui, n'ayant usé d'aucune distinction, ôte tout prétexte de distinguer, suivant la maxime : *cùm lex loquitur generaliter, generaliter est intelligenda.*

Nous croyons devoir appliquer ces raisons à la disposition de l'art. 268, qui, d'ailleurs, a restreint la prohibition de l'ordonnance aux seuls parents ou alliés en ligne directe, et rendu moins sensibles encore les effets de cette prohibition, pour les cas où il serait nécessaire de recourir au témoignage de parents ou alliés de l'une des parties. Il nous paraît, en outre, que telle est

---

(1) Jousse, Rodier, Serpillon, disent non-seulement que l'on pouvait, mais encore que l'on devait entendre les parents et alliés au degré prohibé en cet article : 1° Quand il s'agissait de prouver l'âge, le mariage, la mort de quelqu'un ; 2° S'il était question de prouver une parenté ou alliance, comme dans le cas d'une récusation ; 3° lorsqu'il s'agissait de vérifier un fait qui s'était passé dans le secret d'une famille ; 4° Lorsqu'il s'agissait de soustraction ou recélé des effets d'une succession. (*V.* les autorités citées par Rodier à l'appui de ces quatre propositions.)

On lisait, au contraire, dans l'*Ancien Répertoire* et on lit encore dans le *Nouveau*, au mot *Témoins judiciaires*, t. 12, p. 564, que, nonobstant les observations faites par les commissaires rédacteurs de l'ordonnance, relativement aux cas d'exception dont nous venons de parler, l'article passa purement et simplement ; que le législateur n'a adopté, par aucune loi postérieure, les modifications qui étaient proposées. « De là, dit le rédacteur, on doit, ce semble, conclure que toutes les fois qu'on prend la voie civile pour vérifier, soit un parenté ou alliance, soit l'âge, l'état ou le décès de quelqu'un, soit des faits passés dans le secret d'une famille, on ne peut faire entendre comme témoins aucun des parents ou alliés au degré fixé par l'ordonnance. »

l'opinion de M. Merlin, puisque, apres avoir répété les passages ci-dessus rapportés de l'ancien Répertoire, il se borne à renvoyer, sans aucune observation, aux art. 268 et 283 du Code de procédure, articles qu'il a insérés au mot *enquête*, § 4, et sur lesquels il ne dit encore rien qui puisse autoriser quelques exceptions aux dispositions qu'ils renferment (1). — (*V.* TOULLIER, t. 9 p. 497, n° 316.)

[[La prohibition ne s'applique pas aux faits domestiques, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 537, et cet auteur se contente de citer le cas d'une séparation de corps. M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 464, va plus loin et parle des *questions d'état*, de la *rectification des actes de l'état civil*, etc.; il invoque l'art. 856 du Code de proc. civ., qui nous paraît repousser son système, car cet article prescrit d'assigner, comme *parties* et non comme *témoins*, les personnes intéressées. (*V. infrà* la note de la *Quest.* 1115.)

Nous préférons adopter le sentiment plus *légal* de M. Carré, ce n'est pas par raisonnement de nécessité que nous avons admis l'exception sous la question précédente, c'est par application au contraire de textes formels. Pour les questions d'état et autres questions qui peuvent intéresser plus spécialement le foyer domestique; la loi ne permet pas, selon nous, qu'on entende les parents, les domestiques, etc. Nous concevons le motif qui a fait introduire l'exception dans un litige personnel entre deux époux, mais pour les autres cas le droit commun nous suffit.]]

ART. 269. Les procès-verbaux d'enquête contiendront la date des jour et heure, les comparutions ou défauts des parties et témoins, la représentation des assignations, les remises à autres jour et heure, si elles sont ordonnées, à peine de nullité.

[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 286, n° 32.] — Ordon. de 1667, tit. 22. — Code de proc., art. 275 294, 1029. — [Notre Dict. gén de proc., v° *Enquête*, n°s 152, 157, 159, 289 à 292, 468 à 470, 544 — Arm. Dalloz, *eod. v°*, n°s 183 à 188. — Locré, t. 21, p. 466. — QUESTIONS TRAITÉES : L'obligation de mentionner, dans le procès-verbal, la représentation des assignations s'entend-elle, tant des copies d'assignations données aux témoins et à la partie, que de l'original de ces copies? *Q.* 1059. — Doit-on ouvrir, à peine de nullité, le procès-verbal d'enquête, le jour même où l'ordonnance du juge commissaire est donnée conformement à l'art. 259? *Q.* 1060] (2)

---

(1) M. Demiau-Crouzilhac admet, il est vrai, une partie des exceptions que l'on trouve établies par Rodier, Jousse et Serpillon, et voici comment il s'exprime :

« Le législateur est moins sévère en matière civile, par rapport à des cas particuliers, où les parents, même en ligne directe, peuvent devenir des *témoins nécessaires*; aussi ne dit-il pas (*V.* art. 268 du Code de proc.), comme dans la loi criminelle (*V.* art. 322 du Code d'instr.), que leurs dépositions ne *seront pas reçues*, il se contente de dire qu'ils ne seront pas assignés; et comme cependant il est possible que les circonstances aient nécessité leur vocation, il permet de les reprocher, sur le seul motif de la parenté; permission qui est très importante, parce qu'il se rencontre quelquefois qu'il y a nécessité absolue de les entendre. Ceci s'applique aux cas de *spoliation d'hérédité, de soustraction ou enlèvement d'effets immediatement après décès.* »

L'on voit que cet auteur établit son opinion sur l'hypothèse que l'art. 283, en permettant de reprocher des parents ou alliés au degré prohibé par l'art. 268, permettrait conséquemment de les entendre s'ils n'étaient pas reprochés. Nous croyons avoir prouvé, sur la 1055e *Question*, que cette hypothèse n'existe pas, et l'on en trouve une nouvelle preuve au § 5 de l'art. 413, qui exprime formellement que la prohibition d'*assigner* est une prohibition d'*entendre*, puisqu'il porte qu'on appliquera aux enquêtes faire en matière sommaire la *prohibition d'ENTENDRE les conjoints des parties, les parents et alliés en ligne directe.*

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que

1° Il n'est pas nécessaire que le procès verbal de l'enquête et l'enquête elle-même soient faits par actes séparés. (Gren., 23

CCXXVII. Ici la loi impose au juge-commissaire des obligations dont le but est de constater l'accomplissement des formalités qu'elle a prescrites pour la validité de l'enquête, et il semblerait, par la généralité des termes dans lesquels elle prononce la nullité, qu'elle frapperait l'enquête entière. Telle n'a pas été l'intention du législateur. La raison dit, et l'art. 294 dispose que, si l'omision est relative à une mention qui concernerait la substance même de l'acte, comme par exemple celle de la date, la nullité doit frapper sur l'enquête entière; celle qui ne concernerait qu'un témoin isolé, comme si l'on avait oublié de mentionner la représentation de sa copie d'assignation, ne doit porter que sur la déposition de ce témoin; en sorte que le surplus de l'enquête n'en est pas moins valable. **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 441, 442.

1059. *L'obligation de mentionner, dans le procès-verbal, la représentation des assignations, s'entend-elle tant des copies d'assignations données aux témoins et à la partie, que de l'original de ces copies?*

Nous avons dit, sur la 1018e *Quest.*, que l'on ne pourrait entendre des témoins qui n'auraient pas été assignés; de là résulte que chacun d'eux doit représenter la copie de l'assignation qui lui a été donnée. Mais nous pensons que, si un témoin avait perdu ou oublié cette copie, il suffirait que le poursuivant représentât l'original de l'assignation, qui constaterait que ce témoin a été réellement cité (1).

Nous croyons qu'il suffit, pour cet objet, de mentionner la représentation de l'original de l'assignation donnée au défendeur; et, dans le cas où elle ne renfermerait pas les noms des témoins, celle de l'acte séparé qui en contiendrait la notification. (*V.* la 1023e *Quest.*)

On sent, en effet, que la représentation de l'original des assignations données aux témoins devient inutile, puisqu'ils doivent représenter la copie qu'ils ont reçue; ce ne serait donc que dans le cas où un témoin aurait perdu sa copie ou ferait défaut, que le poursuivant aurait à justifier de l'assignation qu'il lui aurait donnée, ce dont il deviendrait nécessaire que le juge fît mention dans son procès-verbal (2).

---

juillet 1810; *J. Av.*, t. 11, p. 90.) — C'est l'avis de MM. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 298, not. 68, et DELAPORTE, p. 270.

2° Une enquête n'est pas nulle lorsque le juge-commissaire, au lieu d'ouvrir son procès-verbal le jour même fixé par son ordonnance et par l'assignation donnée aux témoins, renvoie à commencer leur audition à une autre époque. (Metz, 15 janv. 1811; *J. Av.*, t. 11, p. 99.)]

(1) Les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 184, estiment de plus que l'art. 269, en disant que le procès-verbal d'enquête doit contenir la mention de la représentation des assignations, entend parler aussi de l'original même des assignations données à la requête du poursuivant, tant aux témoins qu'au défendeur. Ils se fondent sur ce que ce n'est que par la représentation de cet original que le juge-commissaire peut connaître le nombre des témoins qui ont été assignés, et prendre les mesures que les circonstances nécessiteraient contre ceux des témoins qui ne paraîtraient point.

(2) Quant au défendeur à l'enquête, les auteurs déjà cités disent encore que l'on doit exiger du défendeur la justification de la copie de l'assignation qui lui a été donnée, et en faire mention sur le procès-verbal, parce que cette pièce prouve l'individualité de celui qui la représente, fait voir qu'il est en effet le défendeur, et qu'en cette qualité, il a le droit d'être présent aux opérations de l'enquête.

Nous avions dit, au contraire, sur la 942e *Question* de notre *Analyse*, que cette représentation et la mention à en faire au procès-verbal ne nous semblaient point exigées, qu'elles ne devenaient nécessaires qu'autant que le demandeur contestant l'individualité de celui qui se présenterait comme défen-

[[Le défaut de mention de la représentation des assignations entraîne la nullité de l'enquête, quant aux dépositions à l'égard desquelles cette mention a été omise, et de l'enquête tout entière, s'il s'agit de l'assignation à la partie. Aucune espèce d'équivalent ne saurait remplacer l'énonciation que la loi exige ici; il faut qu'elle ait lieu pour chaque témoin séparément; c'est ce qui a été clairement résolu par les Cours de cass., 4 janvier 1813 (*J. Av.*, t. 11, p. 54), de Limoges, 4 juillet 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 55), et de Bruxelles, 18 juin 1836 (*Journ.* de cette Cour, 1836, t. 2, p. 486).

Mais au reste, cette représentation peut avoir lieu, soit de la part du témoin en montrant la copie qu'il a reçue, et alors celle de l'original devient inutile, Bourges, 22 mai 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 192), soit de la part du demandeur en montrant l'original, qui fait foi et qui suffit lorsque le témoin ne peut représenter la copie, et qu'il n'y a point de doute sur son identité, Riom, 4 décembre 1829 (*J.* de cette Cour, 1829, p. 642), et Bourges, 10 janvier 1831 (DALLOZ, 1831-2-125).

Ces décisions sont conformes à la loi, à l'équité, et à la doctrine de MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 522, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 363, n° 1, DALLOZ, t. 6, p. 869, nos 3 et 4, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 465.

Au reste la nullité résultant du défaut de représentation des assignations des témoins, et de la mention des formalités prescrites, n'est point couverte par cela seul que la partie et son avoué ont concouru à l'enquête, à la différence des nullités qui résultent de l'irrégularité des assignations (*V. Quest.* 1022); c'est ce qu'a jugé, avec raison, la Cour de cass., le 31 janvier 1826 (*J. Av.*, 30, p. 403); signer n'est pas approuver, dit M. BONCENNE, t. 4, p. 342.]] **Supp alph.**, V° *Enquête*, n. 444 et s.

1060. *Doit-on ouvrir, à peine de nullité, le procès-verbal d'enquête, le jour même où l'ordonnance du juge-commissaire est donnée conformément à l'art.* 259?

Cet article porte, dans sa seconde disposition, que le juge-commissaire ouvrira les procès-verbaux respectifs par la mention de la réquisition et de la délivrance de son ordonnance.

Mais l'art. 269 suppose que le procès-verbal n'est ouvert qu'au jour fixé pour l'audition des témoins; de là se sont introduits deux usages différents. En certains tribunaux, le juge-commissaire ouvre son procès-verbal le jour même auquel il délivre l'ordonnance; dans d'autres, il ne l'ouvre que le jour de l'audition des témoins, et l'on croit se conformer suffisamment à l'art. 259, en mentionnant la délivrance de l'ordonnance.

---

deur, ce dernier produisait la copie en preuve de cette individualité; mais il n'est guère possible, ajoutions-nous, il n'est pas même vraisemblable que ce cas puisse se présenter. (*V.* DELAPORTE, p. 270, et la formule donnée par M. PIGEAU, t. 1, p. 275.)

Un arrêt de la Cour de cassation, du 4 janvier 1813 (*S.*, t. 13, 1re partie, p. 303, et *J. Av.*, t. 11, p. 54), a décidé que les procès-verbaux doivent, à peine de nullité, contenir la mention expresse de la représentation des assignations, et il est à observer que cet arrêt prononce dans une espèce où il s'agissait de l'assignation donnée à la partie défenderesse à l'enquête. Il rejette, par conséquent, l'opinion que nous avons émise, que l'art. 269 ne devait s'entendre que des assignations aux témoins.

[Il n'est pas étonnant que la Cour de cassation ait regardé l'exigence de l'article 269 comme applicable à l'assignation du défendeur autant qu'à celle des témoins : la rédaction de cet article ne nous semble pas laisser le plus léger prétexte de doute sur son intention. Après avoir dit en effet : *les comparutions ou défauts des parties et témoins*, il ajoute immédiatement : *la représentation des assignations.* Il est donc certain, selon nous, que l'étendue du second membre de phrase doit être appréciée à l'aide des expressions de celui qui précède.]

Le premier de ces usages s'est établi sur l'avis de M. LEPAGE (*V.* dans son *nouveau Style*, 4e édit., p. 258), adopté par M. DEMIAU, p. 202. Ces deux auteurs estiment que le procès-verbal doit être ouvert par la mention, 1° du jugement qui a ordonné l'enquête; 2° de la comparution et de la réquisition de la partie qui se présente pour obtenir l'ordonnance; 3° enfin, *de la délivrance que le juge lui en fait.*

M. Pigeau s'exprime, à ce sujet, dans les termes les plus formels: « La partie « qui veut faire entendre ses témoins, présente requête au juge-commissaire, « et *celui-ci ouvre en même temps le procès-verbal de l'enquête par la mention de « la réquisition et de la délivrance de son ordonnance.* »

Cette explication est sans contredit fondée sur le texte même de l'art. 259, dont la seconde disposition est liée avec la première par ces mots, *en conséquence, le juge ouvrira.....*

On doit donc s'en tenir au premier usage; mais nous ne pensons pas qu'il y ait nullité à suivre le second, parce que l'art. 275 ne place pas l'art. 259 au nombre de ceux dont il exige l'observation sous cette peine.

[[Les Cours de Paris et de Caen ont décidé, les 28 décembre 1813 (*J. Av.*, t. 11, p. 130), et 10 novembre 1827 (t. 35, p. 277), que le juge-commissaire peut n'ouvrir son procès-verbal que le jour de l'audition des témoins. Nous croyons nous-même, contrairement à l'opinion de M. Carré, que cette manière d'agir est plus régulière que celle qui consiste à l'ouvrir le jour où il délivre l'ordonnance en permission d'assigner.

Avant l'audition des témoins, tout procès-verbal nous semble inutile, mais il est d'ailleurs une autre raison de décider qui nous paraît concluante et qui est donnée par M. BONCENNE, t. 4, p. 267 et 268. La voici: l'art. 259 ne contient qu'une fiction relative au délai pour l'ouverture de l'enquête, le législateur se sert du mot *censée*, la première partie de l'article est au présent et se rapporte à l'instant de l'obtention de l'ordonnance, tandis que dans la deuxième partie le mot *ouvrira* exprime l'idée de l'avenir et indique que l'ouverture réelle doit avoir lieu le jour de l'audition des témoins et en faisant mention de la requête et de l'ordonnance.

Toutefois, nous pensons, avec M. Boncenne, qu'il n'y a point nullité à quelque époque qu'ait été ouvert le procès-verbal.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 443.

ART. 270. Les reproches seront proposés par la partie ou par son avoué, avant la déposition du témoin, qui sera tenu de s'expliquer sur iceux : ils seront circonstanciés et pertinents, et non en termes vagues et généraux. Les reproches et les explications du témoin seront consignés dans le procès-verbal.

Tarif 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 285, n° 31.] — Ord. de 1667, tit. 22, art. 27. — Code de proc., art. 275, 284 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, n° 406, 440, 441, 443, 448. — Locré, t. 21, p. 295, 296, 466, 619, 620. — QUESTIONS TRAITÉES: Une partie peut-elle reprocher un témoin qu'elle a produit? *Q.* 1061. — Le juge peut-il suppléer d'office les reproches que la partie n'a pas proposés? *Q.* 1062. — Les reproches servent-ils aux deux parties? *Q.* 1063. — Est-il nécessaire pour que l'avoué reproche un témoin, qu'il ait un pouvoir spécial? *Q.* 1064. — Quand est-il nécessaire de justifier par écrit les reproches proposés contre les témoins? *Q.* 1065. — Mais la partie qui propose des reproches avant la déposition du témoin est-elle tenue, à peine de forclusion, d'offrir au même instant la preuve de ces reproches, et, quand cette preuve ne peut être faite qu'par témoins, d'indiquer ces témoins? *Q.* 1066. — Le témoin blessé par un reproche mal fondé pourrait-il intervenir dans l'instance pour demander réparation? *Q.* 1066 *bis*. — La déposition du témoin qui demande réparation doit-elle être écartée? *Q.* 1066 *ter*.]

CCXXIII. Il arrive rarement, dit M. Toullier, t. 9, n° 263, p. 410, que les hommes veuillent tromper *sans intérêt :* nous devons donc penser, par analogie, que tel témoin appelé pour dire la vérité ne la trahira point en présence de la

justice, si quelqu'intérêt ne l'y porte. Mais la même analogie, qui nous induit à penser qu'un témoin ne trahira pas la vérité sans intérêt, nous fait aussi juger qu'il la déguisera, qu'il la taira ou la trahira même, si son intérêt, ses passions ou ses préjugés l'y portent. C'est d'après cette dernière présomption que la loi autorise la partie à reprocher le témoin appelé pour déposer contre elle, c'est-à-dire à présenter les moyens propres à justifier le soupçon de partialité qu'elle élève contre lui, et par suite faire rejeter sa déposition. Mais, pour écarter de cette matière ce que les passions, l'arbitraire ou le caprice pourraient imaginer, soit pour compromettre injustement la probité d'un témoin, soit pour entraver mal à propos la preuve testimoniale, la loi veut que le reproche ne soit admissible qu'autant qu'il serait circonstancié et pertinent. Ainsi, les imputations qui, fussent-elles prouvées, seraient insuffisantes pour faire écarter la déposition d'un témoin, ou qui ne seraient alléguées que d'une manière vague et générale, sans aucune détermination de faits, de circonstances ou de motifs, ne devraient pas même être recueillies par le juge-commissaire. Le témoin reproché doit s'expliquer de suite sur le fondement du reproche, et donner les renseignements qui peuvent éclairer la décision ultérieure de la justice. **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 188.

1061. *Une partie peut-elle reprocher un témoin qu'elle a produit?*

M. Pigeau, t. 1, p. 272, résout négativement cette question, par le motif que celui qui a *produit* un témoin renonce par cela seul aux moyens de reproches qu'il pourrait faire valoir contre lui, si ce témoin lui avait été opposé.

Serpillon, sur l'art. 1 du tit. 23 de l'ordonnance, n° 8, admet une exception pour le cas où la partie aurait découvert la cause du reproche depuis l'assignation du témoin. En cette circonstance, dit-il, les juges ne pourraient, sans doute, s'empêcher d'avoir égard à de pareils reproches. Il est, au reste, laissé à leur prudence de statuer sur l'admission ou le rejet des reproches, suivant les circonstances. C'est aussi l'avis de Duparc-Poullain, t. 9, p. 408, n° 138; et nous croyons qu'il est juste de le suivre, toutes les fois qu'il est bien démontré que la partie, au moment de l'assignation donnée à sa requête au témoin, ignorait les causes de récusation qui existaient en sa personne.

[[Nous partageons cet avis, qui est conforme à celui de MM. THOMINE-DESMAZURES, t. 1, p. 468; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 367, n° 12, et PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 539. *Voyez* toutefois la *Quest.* 1063.]] **Supp. alph.**, V° *cit.*, n. 189.

1062. *Le juge peut-il suppléer d'office les reproches que la partie n'a pas proposés!*

Nous avons dit, sur la 1055e *Quest.*, qu'il ne nous paraissait pas douteux que le juge pouvait suppléer d'office les incapacités résultant de la prohibition portée en l'art. 268. Serpillon, sur l'art. 23 de l'ordonnance, n° 27, s'appuyant sur ce que les reproches sont de droit public, dit qu'il est certain, même en matière civile, qu'il doit suppléer les reproches, dans le cas où une partie négligente ou mal informée n'articule pas un moyen de reproche notoire; qu'il le doit surtout si la partie est défaillante, puisqu'il doit alors *vices absentis gerere*. On pourrait conclure de cette opinion, et sans distinction, l'affirmative de la question que nous avons posée; mais Duparc-Poullain, t. 9, p. 407, se bornait à dire, à ce sujet, que, si le juge n'est pas suffisamment autorisé à rejeter d'office la déposition, son devoir l'oblige de balancer tous les moyens de suspicion, dans l'examen des preuves respectives.

On remarquera que l'art 284 du Code de procédure portant que le témoin sera entendu dans sa déposition, la question dont il s'agit n'offre pas le même intérêt qu'elle pouvait présenter sous l'empire de l'ordonnance, et qu'elle se ré-

duit à celle de savoir s'il est permis au juge-commissaire de consigner sur le procès-verbal les connaissances qu'il aurait de certaines causes de reproches ignorés de la partie.

Nous répondons que l'exercice d'une telle faculté devrait au moins être restreint aux reproches dont la cause serait évidemment de nature à pouvoir être ignorée de la partie. Celle, par exemple, dont le domicile serait éloigné, peut n'avoir pas connaissance de condamnations criminelles prononcées contre un témoin, etc.; alors il ne serait pas juste que cette ignorance pût lui nuire, et nous ne verrions aucun inconvénient à ce que le juge prît soin d'en avertir le tribunal dans son procès-verbal, afin qu'en procédant au jugement, il eût tel égard que de raison à la déposition d'un témoin dont la véracité peut être suspecte (1). (V. DUPARC, *ubi suprà*.)

[[M. DALLOZ, t. 12, p. 571, n° 13, fait observer, avec raison ce nous semble, que dans ce cas même le juge-commissaire n'aurait que le droit d'indiquer à la partie ou à son avoué la cause de reproche, sans pouvoir l'insérer d'office dans son procès-verbal, s'il n'en était point requis; M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 470, repousse aussi d'une manière absolue les reproches d'office.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 191.

1063. *Les reproches servent-ils aux deux parties?*

En général, les reproches formés contre un témoin ne servent qu'à la partie qui les a proposés et non aux autres, à moins, dit Jousse sur l'art. 1 du tit. 23 de l'ordonnance, qu'ils ne soient fondés sur une incapacité personnelle pour déposer, telle que celle résultant de condamnations judiciaires. (*Voy.* art. 283, 2e disposition).

Mais, dans notre opinion, l'on doit excepter aussi le cas où il s'agirait, dans la contestation, d'un objet commun à plusieurs parties : certes, les reproches que l'une d'elles opposerait contre les témoins de l'adversaire serviraient à toutes les parties intéressées dans cette contestation.

[[*Voyez*, dans M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 540, la distinction entre les reproches absolus, qui peuvent être proposés par la partie qui produit le témoin et par celle contre laquelle on le produit, et les reproches relatifs, qu'une partie n'est point admise à faire valoir contre ses propres témoins. Toutes ces observations nous paraissent justes. V. *suprà*, la *Quest.* 1061.]]

1064. *Est-il nécessaire, pour que l'avoué reproche un témoin, qu'il en ait un pouvoir spécial ?*

Nous ne le pensons pas, par le motif que le Code ne répète point la disposition de l'art. 6 du tit. 23 de l'ordonnance, qui portait que les procureurs *devaient apparoir d'un pouvoir spécial par écrit*. La constitution d'avoué par la partie suffit donc pour autoriser celui-ci à proposer le reproche. Mais c'est à lui à agir avec circonspection en semblable circonstance; car si le reproche

---

(1) Mais, *en général*, le juge-commissaire doit se garder de suppléer ainsi le reproche. L'art. 270 est formel : *Les reproches*, dit-il, *seront proposés par la partie ou par son avoué*. La partie est donc présumée ne vouloir pas s'en servir et s'en rapporter à la bonne foi du témoin, toutes les fois qu'elle ne les présente pas par elle-même ou par son avoué.

D'ailleurs, l'art. 283 ne donne qu'une *faculté* de reprocher le témoin; il n'en fait point une obligation; et de là résulte encore que la partie doit être présumée renoncer aux reproches qu'elle n'oppose pas. Ici le juge ne peut ni ne doit veiller pour elle. (*V. Traité* de M. TOULLIER, t. 9 n° 287, page 436.)

qu'il aurait opposé était jugé calomnieux, il pourrait, sur l'action en garantie de la partie, être personnellement assujetti aux réparations et dommages-intérêts portés en l'art. 289.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 523, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 366, n° 10, pensent aussi que l'avoué n'a pas besoin de pouvoir spécial; ils ont raison, c'est une règle générale que la constitution suffit toutes les fois qu'une procuration particulière n'est pas expressément exigée. Voyez encore, dans le même sens, M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 468, et un arrêt de la Cour de Besançon, du 25 mars 1822 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 106).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 190.

1065. *Quand est-il nécessaire de justifier par écrit les reproches opposés contre les témoins?*

L'art. 270 porte que les reproches seront proposés..... avant la déposition du témoin, qui sera tenu de s'expliquer sur iceux..... L'art. 282 veut qu'aucun reproche ne soit proposé après la déposition, s'il n'est justifié par écrit.

Du rapprochement de ces deux articles, il résulte, 1° que le vœu de la loi est que tout reproche soit proposé avant la déposition; 2° qu'il faut nécessairement proposer à cette époque celui dont la partie ne pourrait justifier que par témoins; 3° que, par une exception portée en l'art. 282 à la disposition générale de l'art. 270, on peut, après la déposition, proposer un reproche qui serait justifié par écrit.

[[Nous partageons cette opinion.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 194 et s.

1066. *Mais la partie qui propose des reproches avant la déposition du témoin est-elle tenue, à peine de forclusion, d'offrir, au même instant, la preuve de ces reproches, et, quand cette preuve ne peut être faite que par témoins, d'indiquer ces témoins?*

Il est certain, d'après l'art. 282, combiné avec l'art. 289, que, dans le cas où *la preuve peut être faite par écrit*, cette preuve peut être offerte jusqu'au jugement, et, par conséquent, après la déposition du témoin. Tous les auteurs sont d'accord sur ce premier point; mais il en est autrement par rapport au cas où les reproches ne pourraient être justifiés qu'à l'aide de la preuve testimoniale (1).

---

(1) M. DELAPORTE, t. 1, p. 283, M. PIGEAU, t. 1, p. 282, et les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 189, sont ceux qui maintiennent que la partie n'est pas tenue d'offrir la preuve, et de nommer ses témoins à l'instant où elle oppose le reproche. Voici les motifs sur lesquels ils établissent leur opinion :

Si le législateur eût voulu que la preuve fût offerte, et les témoins nommés à l'instant où le reproche serait proposé, c'est dans l'art. 270 qu'il eût exprimé sa volonté. Or, cet article ne contient aucune disposition à ce sujet.

Les articles qui suivent règlent toutes les formalités de l'enquête jusqu'à sa clôture, ils établissent la procédure ultérieure, et c'est après toutes ces dispositions que vient l'art. 289, portant que, *si les reproches proposés avant la déposition ne sont justifiés par écrit, la partie sera tenue d'en offrir la preuve et de désigner les témoins; autrement, elle n'y sera plus reçue.*

En quelle circonstance doit-elle donc faire cette offre et cette désignation? Ce n'est pas à l'instant même où elle propose ses reproches, puisqu'on vient de voir que l'art. 270 ne l'ordonne pas : ce ne peut donc être qu'après la clôture de l'enquête, époque où il ne s'agit plus que de suivre l'audience, pour faire statuer sur les reproches qu'on aurait proposés lors de l'enquête.

Vainement on opposerait donc l'art. 289; il n'est qu'un corollaire des art. 286, 287 et 288, qui le précèdent immédiatement. Ces trois articles ont pour objet de tracer la

Un arrêt de la Cour d'Orléans, du 4 avril 1810, rapporté au *J. des Av.*, t. 11, p. 83, a formellement consacré l'opinion des auteurs qui maintiennent que la partie est obligée, à peine de forclusion, d'offrir la preuve à l'instant.

[[La Cour de Toulouse a jugé dans le même sens, le 22 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 125).]]

On regrette que les motifs de la Cour d'Orléans n'aient pas reçu tous les développements qu'on pourrait désirer, et nous avouons que nous ne saurions trouver un argument vraiment décisif en sa faveur.

L'art. 71 du tarif admet que l'offre de la preuve et la désignation des témoins peuvent être l'objet d'un acte particulier : il n'est donc pas formellement exigé que les déclarations relatives à ces deux objets soient consignées sur le procès-verbal, comme le doivent être les reproches et les explications des témoins, conformément à l'art. 270. Aussi, l'art. 275, qui indique plusieurs articles de l'observation desquels ce procès-verbal doit faire mention, ne comprend-il point l'art. 289.

Il suit de là que l'arrêt de la Cour d'Orléans, en déclarant seulement que les reproches non justifiés par écrit doivent être, *au moment de l'articulation*, accompagnés tant de l'offre de la preuve que de la désignation du nom des témoins, en conformité de l'art. 289, se réduit, comme l'observe M. BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 295, not. 56, à exiger que l'offre de la preuve et l'indication des témoins soient faites avant ce procès-verbal, ou au plus tard en même temps que l'articulation des reproches.

Mais nous demanderons quel est l'article du Code qui autorise à fixer ainsi le terme de la déchéance que prononce l'art. 289 ? Rejeter les conclusions de l'acte qui serait dressé conformément à l'art. 71 du tarif, parce qu'il n'aurait pas été signifié avant la déposition du témoin reproché, ou au moins au moment de son audition, n'est-ce pas arbitrairement avancer le terme auquel l'art. 289 paraît fixer la déchéance? n'est-ce pas conséquemment la suppléer à cette époque de la procédure?

Or, s'il n'y a aucune raison qui rende indispensable de notifier l'écrit autorisé par le tarif avant que l'enquête soit signifiée, la circonstance que l'art. 289 suit au lieu de précéder la disposition qui permet à la *partie la plus diligente* de signifier les procès-verbaux d'enquête, ne porte-t-elle pas à croire que le législateur n'exige la signification de l'écrit dont nous venons de parler, qu'après celle de ces procès-verbaux?

Il est à remarquer, d'ailleurs, que le projet du Code de procédure contenait deux articles conçus dans les mêmes termes que les art. 270 et 289; ces articles étaient les 273e et 292e. La Cour de Rennes, dans ses observations, disait (*Recueil des observat. des Cours sur ce projet*, t. 1, p. 17), « qu'il était essentiel de faire clairement connaître aux parties le moment auquel elles devraient offrir la preuve des reproches qu'elles proposent; qu'elles n'auraient aucune incertitude, quand l'art. 292 (aujourd'hui 289e du Code) aurait déterminé que ce serait au moment même du *procès-verbal*. »

Cette Cour proposait en conséquence d'ajouter après le mot *preuve* ces

---

marche qu'il faut suivre pour faire statuer sur les reproches, et par conséquent, c'est relativement à cette marche et pour l'expliquer qu'est porté l'art. 289.

Enfin, ce qui confirme cette opinion, c'est que l'art. 71 du tarif autorise, pour l'offre de la preuve et pour la désignation des témoins, un acte, et même une réponse à cet acte; ce qui ne peut se concilier avec une offre faite sur le procès-verbal au moment de la comparution du témoin.

Le sentiment contraire paraît adopté par les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 189, et par MM. COMMAILLE, t. 1, p. 303; THOMINE, p. 143; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 213; et HACTEFEUILLE, p. 158.

mots : *lors du proces-verbal.* D'un côté, cette addition n'a pas été faite; de l'autre, l'art. 71 du tarif fournit de fortes raisons de croire que le législateur n'entendait pas exprimer que l'offre de la preuve des reproches fût fournie à l'instant même de l'articulation : on doit donc s'en tenir à l'opinion de ceux qui pensent que cette preuve peut être faite à quelque époque que ce soit de la procédure, pourvu toutefois qu'elle le soit avant le jugement qui prononce sommairement sur les reproches (art. 286), soit en les admettant ou en les rejetant, soit en ordonnant qu'ils seront prouvés (art. 290).

[[Les raisons développées sous ce numéro nous paraissent déterminantes pour embrasser l'opinion de M. Carré, qui est aussi celle de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 366, n° 10, et qu'ont adoptée les Cours de Montpellier dans un arrêt du 26 avril 1831, rapporté au Mémorial de M. TAJAN, t. 23, p. 344, et de Limoges, le 26 avril 1838 (*J. P.*, t. 2 de 1838, p. 468).]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 193, 193 *bis*.

[[**1066** bis. *Le témoin blessé par un reproche mal fondé pourrait-il intervenir dans l'instance pour demander réparation ?*

Oui, dit, avec raison, M. PIGEAU, *Comment.*, t. 1, p. 523; car, si le juge peut ordonner la réparation d'office d'après l'art. 1036, à plus forte raison doit-il écouter les plaintes de la personne lésée.]]

[[**1066** ter. *La déposition du témoin qui demande une réparation doit-elle être écartée ?*

Non, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 524; il n'en est pas d'un témoin comme d'un juge ou d'un expert, qui, d'après les art. 314 et 393, doivent abandonner leurs fonctions lorsqu'ils intentent une action en calomnie fondée sur une récusation non admise. On peut remplacer un juge ou un expert, un témoin est ordinairement nécessaire. Ce serait d'ailleurs fournir, à la partie qui craindrait la déposition, un moyen détourné de la faire rejeter. Cette décision de M. Pigeau nous paraît fort sage si le témoin demande des dommages-intérêts après sa déposition; mais si son action était intentée avant qu'il eût commencé à déposer, on repousserait son témoignage parce qu'il serait en procès avec une des parties.]]

ART. 271. Le témoin déposera, sans qu'il lui soit permis de lire aucun projet écrit. Sa déposition sera consignée sur le procès-verbal; elle lui sera lue, et il lui sera demandé s'il y persiste; le tout à peine de nullité : il lui sera demandé aussi s'il requiert taxe.

Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 16, 17, 19 et 20 — Code de proc., art. 275 et 217.—Toullier, t. 9, n° 303, p. 285. — [Notre Dictionnaire général de Procédure, v° *Enquête*, n°s 299, 304, 326, 331, 356, 488 à 490. — Locré, t. 21, p 467 et 620 — QUESTIONS TRAITÉES : Un témoin muet ou sourd pourrait-il apporter une déposition écrite ? *Q.* 1067.—Le procès-verbal d'enquête doit-il constater que le témoin a fait sa déclaration de vive voix, c'est-à dire sans lire aucun projet? *Q.* 1068 —Pourrait-on, dans le silence du procès-verbal, prouver par témoins que la déposition eût été lue ? *Q.* 1069. — Le juge-commissaire doit-il nécessairement rédiger la déposition du témoin? *Q.* 1070.—Le juge-commissaire, doit-il, lorsqu'il rédige la déposition, conserver les expressions mêmes du témoin? *Q.* 1071.—Le juge-commissaire doit-il, à peine de nullité, demander au temoin s'il requiert taxe et faire mentionner cette demande dans le procès-verbal ? *Q.* 1072.—Quelle base doit prendre le juge-commissaire pour la taxe? *Q.* 1072 *bis*. — La nullité prononcée par l'art. 271 ne porte-t-elle seulement que sur chacune des dépositions à l'égard desquelles on n'aurait pas observé les formalités prescrites? *Q.* 1073.] (1)

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Est nulle la déposition d'un témoin dans la continuation d'une première enquête si, sur la réquisition du juge-commissaire, il se réfère à une déposition frappée

CCXXIX. Chaque témoin dépose oralement et sans pouvoir lire aucun projet écrit; car, ne devant attester que des faits dont il a parfaite connaissance, il n'a besoin ni d'art, ni de préparation ; c'est lui qu'on interroge, c'est à lui à répondre : sa mémoire et sa conscience lui suffisent.

On laisse d'abord le témoin dire librement ce qu'il sait touchant les faits de l'enquête; à mesure qu'il dépose, le greffier qui tient la plume consigne au procès-verbal sa déposition, à la rédaction de laquelle préside le juge-commissaire. Cette rédaction achevée, le juge en fait donner lecture au témoin puis il lui demande s'il y persiste. Ces formalités, dont l'accomplissement doit être constaté par le procès-verbal, sont requises à peine de nullité.

1067. *Un témoin muet ou sourd pourrait-il apporter une déposition écrite ?*

DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 381 et 382, enseigne que, dans ce cas, le témoin ne peut pas apporter sa déposition écrite, mais qu'il doit l'écrire devant le juge-commissaire; il ajoute que, si le témoin muet ne savait pas écrire, il ne pourrait être admis à déposer; qu'il en serait ainsi, si le témoin sourd ne savait pas lire.

Nous pensons que cette opinion de Duparc, relativement au témoin muet qui ne sait pas écrire, et au témoin sourd qui ne sait pas lire, ne devrait pas être suivie aujourd'hui; qu'on devrait se gouverner par analogie, d'après la disposition de l'art. 333 du Code d'instruction criminelle, l'institution des Sourds-Muets ayant fourni des moyens de communication avec cette classe infortunée.

Ainsi, le juge-commissaire nommerait d'office au témoin un interprète qui serait la personne qui aurait le plus d'habitude avec lui; cet interprète prêterait serment, et le juge ferait écrire la déclaration qu'il transmettrait. (V. BOURGUIGNON, p. 275) (1).

[[C'est ainsi que l'enseignent également MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 526, THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 472, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 368, n° 15.]]

Supp. alph. V° *Enquête*, n. 288.

1068. *Le procès-verbal d'enquête doit-il constater que le témoin a fait sa déposition de vive voix, c'est-à-dire sans lire aucun projet ?*

Puisque l'art. 275 veut que les procès-verbaux fassent mention de l'observation des formalités prescrites par plusieurs articles, au nombre desquels se trouve l'art. 271, nous estimons que le juge-commissaire doit, à peine de nullité, faire mentionner au procès-verbal que le témoin a fait sa déposition de vive voix. Nous n'ignorons pas qu'un usage contraire s'est établi, mais nous trouvons les art. 271 et 275 tellement positifs en faveur de la nullité, que nous croirions fort imprudent au juge-commissaire de négliger cette mention (2).

---

de nullité qu'il a faite dans cette première enquête. (Montpellier, 15 déc. 1830; *J. Av.*, t. 41, p. 430.)

2° Le juge commis à une enquête ordonnée par un jugement contenant plusieurs chefs à prouver peut lire séparément aux témoins chacun de ces chefs, et les faire déposer sur chacun successivement. (Montpellier, 26 avril 1831; TAJAN, t. 23, p. 344.)

(1) Cette opinion a été consacrée par arrêt de la Cour de Nîmes du 21 août 1821 (*S.*, t. 22, 2e part., p. 117; *J. Av.*, t. 23, page 282.) Elle a décidé que le sourd-muet de naissance peut être admis à déposer comme témoin en matière civile, et que, si les formalités voulues par le Code sont impraticables, son témoignage doit être recueilli avec les précautions prescrites en matière criminelle, par l'art. 333 du Code d'instruction criminelle.

(2) Nous pourrions ajouter, aux motifs énoncés dans notre *Analyse*, à l'appui de

[[Indépendamment des arrêts cités par M. Carré à la note, on peut encore rappeler, pour l'opinion qu'il embrasse, ceux des Cours d'Orléans, 10 janvier et 13 avril 1821 (*J. Av.*, t. 11, p. 133), et de Limoges, 4 juillet 1827 (t. 35, p. 56); et, pour l'opinion contraire, ceux de la même Cour de Limoges, 1er août 1814 (t. 11, p. 136), et de la Cour de Caen, 4 août 1827 (t. 37, p. 123).

Quant à nous, ce dernier avis nous semble préférable. Nous croyons que le procès-verbal ne doit relater que les formalités positives, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il parle des faits négatifs : en d'autres termes, il doit constater l'accomplissement de ce qui est ordonné, mais non l'abstention de ce qui est défendu. S'il fallait qu'il fît mention de tout ce qui n'a pas eu lieu, sa rédaction deviendrait interminable; c'est l'opinion de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 297, note 61, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 475; toutefois nous admettrons volontiers, avec M. Carré, que, par excès de précaution, le juge-commissaire agira prudemment en déclarant, dans son procès-verbal, que les témoins n'ont pas lu de projet écrit de déposition.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 289,

1069. *Pourrait-on, dans le silence du procès-verbal, prouver par témoin que la déposition a été lue?*

Si cette preuve pouvait être admise, ce ne serait du moins que par voie d'inscription de faux; mais nous ne croirions pas que la partie qui aurait été présente à l'enquête fût recevable dans cette inscription.

[[Il est certain que l'inscription de faux serait nécessaire pour infirmer l'authenticité du procès-verbal, qui, lorsqu'il se tait sur cette circontance, atteste, par cela même, que tout s'est régulièrement passé. Par les motifs exprimés dans nos observations sur la *Quest.* 1059, nous pensons qu'il n'y aurait pas fin de non-recevoir, dans le cas prévu par M. Carré, parce que la partie qui se tait, quoiqu'elle ne réclame point contre l'infraction au moment où elle se commet, n'est pas censée l'approuver.

La prohibition de lire une déposition écrite repose sur la nécessité d'empêcher que le témoin vienne redire devant le juge une déposition qui lui aurait

---

cette opinion, un arrêt de la Cour de Rennes, rendu en audience solennelle le 28 juillet 1814, 1re et 3e chambres réunies (*J. Av.*, t. 11, p. 133). Cet arrêt déclare une enquête nulle, conformément à l'article 275, parce que, en outre des mentions exigées par cet article, le procès-verbal n'énonçait pas que *les témoins eussent été entendus sans lire aucun projet.*

Quoi qu'il en soit, un usage contraire a prévalu assez généralement, et on le justifie par les observations suivantes :

L'art. 271 ne prescrit point qu'il soit fait mention au procès-verbal que le témoin a déposé de vive voix : on doit donc présumer que la prohibition prononcée par cet article a été respectée, dès que ce même procès-verbal ne contient rien qui autorise à croire que le témoin ait lu ou remis un projet.

Il est d'autant plus juste d'admettre que la déposition a eu lieu d'une manière régulière que les parties étant présentes à l'enquête, ne manqueraient pas de s'opposer à ce qu'elle fût donnée autrement que de vive voix.

On ajoute que l'argument tiré de l'article 275 n'est pas concluant, parce que, si cet article rappelle l'art. 271, c'est seulement par la raison qu'il contient des formalités positives, dont l'accomplissement doit être mentionné dans le procès-verbal, telles que la lecture et l'interpellation au témoin, s'il persiste dans sa déposition.

La Cour de Rennes, par deux arrêts, des 11 avril 1815 et 12 mars 1816 (*J. Av.*, t. 11, p. 149), a prononcé, d'après ces motifs, la validité d'une enquête, et jugé ainsi d'une manière opposée celui que nous avons cité ci-dessus.

De cette contrariété de jurisprudence, on conclura du moins, si l'on ne partage pas notre opinion, qu'il est prudent au juge-commissaire d'insérer au procès-verbal la mention que le témoin a déposé sans lire aucun projet.

été imposée par les personnes intéressées. Cette observation donne lieu à la question de savoir si, dans l'hypothèse où le témoin aurait montré un projet écrit et aurait été néanmoins empêché de le lire par le juge-commissaire, la nullité devrait également être prononcée ; non, sans doute, dit fort judicieusement M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 472, puisqu'il n'aurait pas lu l'écrit, et que les peines ne peuvent être étendues d'un cas à un autre cas analogue ; mais une pareille déposition devrait inspirer de graves soupçons au tribunal.

Inutile de faire observer qu'il n'y a pas contravention à la disposition de l'art. 271 dont nous nous occupons, lorsque le juge-commissaire adresse au témoin une suite de questions qui ont été rédigées par l'une des parties; l'article 273 l'autorise en effet à faire des interpellations tant d'office que sur la réquisition des parties ; c'est pourtant une difficulté qui a été soumise à la Cour de cassation; aussi a-t-elle été résolue par elle dans le sens que nous venons d'indiquer, le 5 mars 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 109); il était impossible qu'il en fût autrement.]]

1070. *Le juge-commissaire doit-il nécessairement rédiger la déposition du témoin?*

Le juge-commissaire doit rédiger la déposition et la dicter au greffier, lorsque le témoin est incapable de le faire par lui-même. C'est à celui-ci, lors de la lecture qui lui en est faite, à faire tels changements ou additions que bon lui semble, si le juge n'avait pas rendu la déposition de la manière dont le témoin entendait l'énoncer.

Mais lorsque le témoin est en état de rédiger lui-même sa déposition, le juge-commissaire pourrait et devrait même la faire écrire sous la dictée de ce témoin, pourvu que ce fût en sa présence. (*V.* DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 375.)

[[Ces observations sont fort justes : on les retrouve, avec plus ou moins de développement, dans les ouvrages de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 368, n° 15, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 472.]] Supp. alph., V° *Enquêt*, n. 295, 296

1071. *Le juge-commissaire doit-il, lorsqu'il rédige la déposition, conserver les expressions mêmes du témoin?*

Il n'est point tenu de répéter la déposition mot pour mot; autrement il arriverait souvent qu'elle serait obscure et mal conçue. Il doit donc laisser au témoin une entière liberté de dire tout ce qu'il veut, et ensuite rendre clairement, et avec fidélité, tout ce qui a été déclaré par le témoin; il doit conserver, *autant qu'il est possible*, les termes dont celui-ci s'est servi, toutes les fois du moins qu'ils tendent à fortifier ou à affaiblir sa déclaration. Tels seraient, dans le premier cas, ces mots, *je suis certain, etc.*; et dans le deuxième, ceux-ci, *je crois*, *il me semble*, *si je ne me trompe*, *etc.*; mais, en ce dernier cas, il convient que le juge-commissaire interpelle le témoin de s'expliquer d'une manière plus précise. (*V.* RODIER sur l'art. 17 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, et nos *Quest.* sur les art. 271 et 273.)

[[Non-seulement le juge-commissaire doit reproduire le plus exactement qu'il lui est possible le sens de la déposition, mais il est même de son devoir de transcrire fidèlement certaines expressions incorrectes ou triviales, lorsque ces expressions peignent énergiquement la pensée du témoin. Nous avons entendu un jeune magistrat blâmer, fort mal à propos, un juge-commissaire, parce que dans le procès-verbal d'enquête se trouvait la mention d'une phrase contraire à toutes les règles de la grammaire.

« Le juge-commissaire, selon M. BONCENNE, t. 4, p. 301, doit, autant que

« cela est possible, conserver les termes du témoin, parce que, comme disait « Theveneau, *l'inversion des paroles est quelquefois* de grande conséquence. » Aussi M. Boncenne ajoute-t-il : « Je ne connais guère de matière où il soit plus « difficile de bien ouvrer. »]]

1072. *Le juge-commissaire doit-il, à peine de nullité, demander au témoin s'il requiert taxe, et faire mentionner cette demande dans le procès-verbal ?*

L'affirmative paraîtrait résulter de l'art. 275, qui porte que les procès-verbaux feront, à peine de nullité, mention de l'observation des formalités prescrites par les articles qu'il indique ; or, au nombre de ces articles se trouve l'art. 271, qui fait mention de la demande à faire au témoin *s'il requiert taxe.*

Quoi qu'il en soit, la rédaction des art. 271 et 274 prouve qu'il faut décide autrement. En effet, ces articles ne portent la peine de nullité que relativement aux dispositions qui précèdent celles relatives à la taxe : d'un autre côté, l'art. 277, qui veut qu'il soit fait mention au procès-verbal de la taxe fixée par le juge, n'exige point cette mention à peine de nullité ; et de là, sans doute, on doit conclure la négative de la question ci-dessus posée. (V. *Prat. franç.*, t. 2, p. 176, et PIGEAU, t. 1, p. 273.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 426, embrasse l'opinion contraire, en se fondant sur l'art. 275; nous croyons celle de M. Carré plus juste, car pourquoi faire souffrir la partie de l'omission d'une formalité qui est toute dans l'intérêt du témoin, ou tout au plus utile pour le règlement des dépens? Quelle influence cette omission peut-elle avoir sur le mérite de la déposition? Notre avis est celui de M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 475, et de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 368, n° 15.]]

[[**1072** bis. *Quelle base doit prendre le juge-commissaire pour la taxe*

Nous avons dit, dans notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 287, nos 36 et 37, que la taxe des témoins se compose d'une indemnité pour la déposition, et, dans certains cas, d'une autre indemnité pour les frais de voyage.

L'indemnité du témoin, pour sa déposition, varie suivant son état et sa profession : elle ne peut être moindre de deux francs, ni excéder dix francs pour une journée. C'est au juge à fixer la taxe suivant les circonstances, entre le maximum et le minimum dont parle le Tarif (art. 167, § 2). Ici, on n'a jamais égard à la localité, mais seulement à la qualité du témoin.

Quant à l'indemnité de voyage, elle doit être fixée d'après la distance en myriamètres, calculée pour l'aller et le retour, c'est-à-dire doublée, ainsi que l'a expressément décidé un arrêt de la Cour de Montpellier, du 13 avril 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 133). Nous pensons que telle est la véritable interprétation de l'art. 167 du Tarif, dernier paragraphe, et que c'est à tort que quelques tribunaux s'en sont écartés, en ne tenant compte que de la simple distance entre le domicile du témoin et le lieu de l'enquête.]]

1073. *La nullité prononcée par l'art. 271 ne porte-t-elle seulement que sur chacune des dépositions à l'égard desquelles on n'aurait pas observé les formalités prescrites ?*

Oui sans doute; ainsi lorsque, parmi plusieurs dépositions, on aurait rempli ces formalités à l'égard de quelques-unes seulement, tandis qu'elles auraient été négligées à l'égard des autres, la nullité de ces dernières dépositions n'emporterait pas la nullité des premières; il n'y aurait de nulles que celles où ces règles n'auraient pas été suivies. Au surplus, il en est de même

à l'égard de toutes les formalités qui concernent la déposition de chaque témoin pris isolément, par exemple, dans l'espèce de l'art. 272 ci-après, etc. (). Comm. inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 196.)

[[Cette opinion incontestable est aussi enseignée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 475.]]

ART. 272. Lors de la lecture de sa déposition, le témoin pourra faire tels changements et additions que bon lui semblera; ils seront écrits à la suite ou à la marge de sa déposition; il lui en sera donné lecture, ainsi que de la déposition, et mention en sera faite; le tout à peine de nullité.

Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 18. — Code de proc., art. 275. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, n° 309. — Locré, t. 21, p. 467. — QUESTIONS TRAITÉES: Que devrait faire un témoin, si le juge-commissaire refusait de faire à sa déposition les changements que le témoin voudrait y apporter? *Q.* 1074. — Un témoin après avoir été entendu et avoir signé sa déposition, pourrait-il être admis à déposer encore, ou à faire des changements et additions à ses précédentes déclarations, sous prétexte qu'il aurait oublié de déposer d'un ou de plusieurs faits importants? *Q.* 1075. — Lorsqu'une première lecture de la déposition a eu lieu, et que le témoin y a fait faire des changements ou additions, la nouvelle lecture doit-elle comprendre, à peine de nullité, la première déposition déjà lue, ou doit-elle se borner à ce qu'il y a de nouveau? *Q.* 1075 *bis*.]

CCXXX. Il résulte de la disposition de l'art. 272 que si, lors de la lecture qui lui est faite de sa déposition, un témoin s'apercevait qu'elle n'a pas été rédigée fidèlement, il aurait droit de faire opérer toutes les rectifications qu'il jugerait convenable.

1074. *Que devrait faire un témoin, si le juge-commissaire refusait de faire à sa déposition les changements que ce témoin voudrait y apporter?*

Le témoin pourrait refuser de signer, ou, en signant, protester du défaut d'exactitude dans la rédaction. Mais, comme il pourrait arriver que ce témoin ne sût pas signer, Rodier, sur l'art. 13 du tit. 22 de l'ordonnance, dit qu'il n'aurait autre chose à faire, si ce n'est, en sortant, et sans conférer avec aucune des parties, de faire sa protestation au juge-commissaire en présence d'autres témoins. Une protestation faite ultérieurement, ajoute cet auteur, serait inutile, parce qu'on présumerait qu'elle aurait été suggérée.

[[Un tel cas se présentera bien rarement si le témoin ne veut faire que des observations utiles et raisonnables. Mais s'il ne faisait qu'abuser de la patience du juge par des raisonnements hors de propos, il est certain que la loi donne à celui-ci le pouvoir de l'empêcher, en le constituant régulateur de l'instruction. C'est l'avis de THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 473.]]

1075. *Un témoin, après avoir été entendu, et avoir signé sa déposition, pourrait-il être admis à déposer encore, ou à faire des changements et additions ses précédentes déclarations, sous prétexte qu'il aurait oublié de déposer d'un ou de plusieurs faits importants?*

Nous ne le pensons pas. Dès que le témoin a signé, ou que le juge a mentionné qu'il n'a pu le faire, la déposition est close. S'il demande à la changer ou à y ajouter, il est supposé avoir été sollicité, ainsi que nous l'avons dit sur la précédente question : il ne peut, par conséquent, être entendu de nouveau. — (*Voy.* SERPILLON sur l'art. 16 du tit. 22 de l'ordonnance, et THOMINE DESMAZURES, p. 258).

Bien plus, nous pensons que le juge-commissaire lui-même ne pourrait rappeler le témoin ni l'entendre de nouveau; son pouvoir a cessé, une addition

n'étant permise que sur la déclaration du témoin qui, *après lecture*, demande à reparer un oubli.

[[C'est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 368, n° 16, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 476. Nous la croyons conforme aux principes.]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 309.

[[**1075** bis. *Lorsqu'une première lecture de la déposition a eu lieu, et que le témoin y a fait faire des changements ou additions, la nouvelle lecture doit-elle comprendre, à peine de nullité, la première déposition déjà lue, ou doit-elle se borner à ce qu'il y a de nouveau?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 526, décide, avec raison, que la lecture doit tout comprendre, parce que ce n'est qu'en entendant le corps entier de ses dires successifs que le témoin pourra bien en apprécier l'exactitude.]]

ART. 273. Le juge-commissaire pourra, soit d'office, soit sur la réquisition des parties ou de l'une d'elles, faire au témoin les interpellations qu'il croira convenables pour éclaircir sa déposition. Les réponses du témoin seront signées de lui, après lui avoir été lues, ou mention sera faite s'il ne veut ou ne peut signer. Elles seront également signées du juge et du greffier; le tout à peine de nullité.

Code de proc., art. 275 — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, n°s 305, 306, 307. — Locré, t. 21, p. 467. — QUESTIONS TRAITÉES : Les interpellations que le juge-commissaire aurait à faire au témoin peuvent-elles lui être adressées dans le cours de sa déposition? *Q.* 1076. — Résulte-t-il de la solution donnée sur la précédente question, que le témoin doive apposer une double signature, l'une à la déposition qui précède ses réponses aux interpellations, l'autre à ses réponses? *Q.* 1077. — Les interpellations qui pourraient être faites au témoin ne doivent-elles toujours porter que sur les faits compris dans le jugement qui a ordonné l'enquête? *Q.* 1078. — De ce que le juge-commissaire ne peut interpeller le témoin sur des faits qui ne seraient pas contenus dans l'appointement, suit-il qu'il ait le pouvoir de refuser d'insérer des déclarations qui lui sembleraient étrangères à ces mêmes faits? *Q.* 1079. — Le greffier peut-il se faire remplacer pour écrire l'enquête? *Q.* 1080.]

CCXXXI. Si les parties ne peuvent interrompre ni questionner le témoin, pendant qu'il dépose, il ne leur est pas interdit, après qu'il a spontanément et librement déposé, de le faire interpeller par le juge, pour en obtenir tous les éclaircissements et développements qui peuvent donner une plus grande intelligence des faits ou de la déposition.

Seul chargé de faire parler le témoin, et de le maintenir s'il est possible dans un juste état d'impartialité, le juge-commissaire peut alors, soit sur la réquisition des parties ou de l'une d'elles, soit même d'office, lui faire les observations ou interpellations qu'il croit convenables.

1076. *Les interpellations que le juge-commissaire aurait à faire au témoin peuvent-elles lui être adressées dans le cours de sa déposition?*

Nous estimons que ces interpellations ne doivent, autant que possible, être faites qu'après la déposition, puisque l'article dit qu'elles auront pour objet d'éclaircir ce qu'elle pourrait avoir d'obscur ou d'insignifiant.

S'il en était autrement, le témoin ne déposerait pas, il répondrait à un interrogatoire, et l'on verrait, comme le font observer les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 175, se reproduire les abus que présentaient des enquêtes dans lesquelles les témoins n'avaient répondu que par *oui* et par *non*, ou par des mots équivalents, sur des questions posées ou préparées à l'avance.

La déposition doit donc être rédigée en un seul contexte par le juge; il fait ici ce que fait un notaire qui rédige les conventions des parties, après les avoir entendues.

[[De ces mots de notre article, *les interpellations qu'il croira convenables*, il résulte dit M. THOMINE DESMAZURES, t. 1 p. 174 que la loi a voulu abandonner à la discrétion du juge-commissaire et le jugement sur l'opportunité des questions, et la manière et le temps de les adresser. Nous préférons l'opinion de M. Carré et les termes de l'article nous paraissent au contraire repousser l'interprétation de M. Thomine, car on y lit que les interpellations doivent être faites *pour éclaircir la déposition*, ce qui suppose nécessairement qu'elle est achevée.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 291.

1077. *Résulte-t-il de la solution donnée sur la précédente question que le témoin doive apposer une double signature, l'une à la déposition qui précède ses réponses aux interpellations, l'autre à ses réponses ?*

Il faut remarquer que l'art. 273 exige que le témoin signe ses réponses ; mais cela ne peut s'entendre qu'en ce sens qu'il y aurait nullité à l'égard des réponses qui, ayant été données après une déposition déjà signée du témoin, ne seraient pas revêtues de sa signature. Il est bien certain que, si les interpellations avaient été faites durant la déposition, ce qui peut arriver quelquefois, ou immédiatement après la déposition, et sans que celle-ci eût été close, la signature apposée à la fin du contexte la régirait dans son entier; ce serait au juge-commissaire à mentionner que lecture a été faite au témoin, tant de sa déposition que des interpellations à lui faites, et de ses réponses. (*V.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 210; PIGEAU, t. 1, p. 278.)

[[Cette solution nous paraît incontestable.]]

1078. *Les interpellations qui pourraient être faites au témoin, ne doivent-elles toujours porter que sur les faits compris dans le jugement qui a ordonné l'enquête ?*

Le juge-commissaire ne doit faire d'interpellations aux témoins que pour éclaircir leurs dépositions. Or, l'assignation qui leur a été donnée avec copie du dispositif du jugement, conformément à l'art. 260, leur a indiqué les faits sur lesquels ils ont à déposer : ils doivent donc garder le silence sur tout fait étranger, et de là résulte l'affirmative de la question que nous venons de poser.

On sent, d'ailleurs, que, si le juge-commissaire adressait à un témoin des interpellations qui auraient pour effet de lui faire donner des déclarations étrangères aux faits contenus dans l'appointement, il préjudicierait à l'une des parties, qui aurait pu s'opposer à l'admission de la preuve, ou qui ne se trouverait pas à portée de faire la preuve contraire.

Il faut donc, comme le dit Rodier sur l'art. 12 du tit. 22 de l'ordonnance *Quest.* 2e, et comme il résulte implicitement des termes de l'art. 273, que le juge-commissaire se borne à interpeller le témoin sur la raison de ses déclarations, et afin de les éclaircir, par exemple, sur les circonstances de lieu, de temps, et sur toutes autres qui peuvent rendre sa déposition plus précise et plus utile pour l'une ou l'autre des parties, sans distinction ni partialité.

[[Nous ne croyons pas que cette solution puisse être adoptée d'une manière absolue. Il nous semble que lorsqu'un fait, sans avoir été précisement inséré dans le jugement de preuve, a de tels rapports avec la déposition du témoin qu'il soit utile d'en parler pour l'explication et l'éclaircissement de celle-ci, il doit être dans les attributions du juge-commissaire d'adresser des interpellations sur ce fait même. Il ne pourra, en agissant ainsi, que rendre un grand service à la justice; il sera libre ensuite à la partie de contester à l'audience la pertinence des informations demandées.

C'est le tempérament qu'ont adopté les Cours de Bruxelles, 8 novemb. 1828 (*J. Ac.*, t. 36, p. 323), et de Liége, 22 novembre 1831 (t. 44, p. 289).]]

Supp. alph., V° *Enquête*, n. 292 et s.

1079. *De ce que le juge-commissaire ne peut interpeller le témoin sur des faits qui ne seraient pas contenus dans l'appointement, suit il qu'il ait le pouvoir de refuser d'insérer des déclarations qui lui sembleraient étrangères à ces mêmes faits?*

« Le juge-commissaire, dit DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 379, n° 110, ne peut empêcher le témoin de mettre tout ce qu'il veut dans sa déposition; *il ne peut même en retrancher les faits étrangers*, car ce n'est pas alors le temps ni le lieu de décider si cette partie de la déposition est inutile; cela ne peut être jugé que par le corps du tribunal. »

Nous adoptons cette observation, qui nous conduit à résoudre affirmativement la question que nous avons annoncée à la suite de celle qui a été traitée n° 990. Ainsi, nous pensons que le juge-commissaire ne peut se refuser à entendre un témoin, sous le prétexte qu'il déposerait de faits qui ne seraient pas compris dans l'appointement, ou qui ne lui paraîtraient pas, s'il procédait à une contre-enquête, *être contraires* à ces mêmes faits (1).

[[Aussi l'arrêt de Liége, cité sur la précédente question, décide-t-il en même temps que le juge-commissaire n'est pas tenu de suspendre l'enquête, si l'une des parties soutient que le témoin est entendu sur un fait dont la preuve n'a pas été autorisée,]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 300, 301.

1080. *Le greffier peut-il se faire remplacer pour écrire l'enquête?*

Nous pensons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 2, p. 178, que le Code, en exigeant la présence du greffier, entend parler de celui qui en remplit les fonctions, encore bien qu'il ne soit pas *titulaire*.

Mais Rodier, sur l'art 15 du tit. 22 de l'ordonnance, dit qu'il est libre aux greffiers en titre d'écrire eux-mêmes les enquêtes ou de fournir un commis assermenté; que cependant il n'y aurait pas nullité, si, en ce cas, le greffier en titre signait ce que ce commis aurait écrit. Cette dernière décision serait évidemment erronée, sous l'empire de notre Code actuel, qui veut que l'enquête soit signée par celui qui l'a écrite.

Supposons maintenant que l'officier ministériel qui doit écrire en qualité de greffier ne puisse le faire par suite d'absence, d'interdiction, de maladie ou de tout autre cause; alors le juge-commissaire pourrait d'office le faire remplacer par une personne ayant les qualités requises pour exercer les fonctions de greffier, et dont il recevrait le serment. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 523.) (2)

[[Ceci ne peut souffrir la moindre difficulté.]]

ART. 274. La déposition du témoin, ainsi que les changements et additions qu'il pourra y faire, seront signés par lui, le juge et le greffier, et si le témoin ne veut ou ne peut signer, il en sera fait mention; le tout à peine de nullité.

Il sera fait mention de la taxe, s'il la requiert, ou de son refus.

---

(1) Il pourrait tout au plus, s'il avait raison de croire que tous les témoins appelés par une partie n'auraient à déposer que de faits étrangers, interpeller celle-ci de déclarer si les témoins doivent déposer de faits contenus dans l'appointement, ou contraires à ceux-ci; et, en cas de déclaration qui annonçât que cette partie entendît faire preuve d'autres faits, en référer au tribunal, en énonçant que les parties emportent assignation à l'audience la plus prochaine.

(2) On remarquera que ce cas ne peut se présenter que très rarement dans les tribunaux de première instance et dans les Cours, où la loi oblige le greffier en chef d'avoir des *commis-jurés;* mais il en est autrement des tribunaux de commerce et des justices de paix.

Ordonn. tit. 22, art. 18 et 19. — *Infrà*, sur l'art. 175. — [Locré, t. 21, p. 467. — QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque les changements et additions sont écrits à la marge, suffit-il de les parapher ? *Q.* 1081. — La mention que le témoin ne sait écrire équivaut-elle à la mention qu'il ne sait signer ? *Q.* 1082.]

1081. *Lorsque les changements et additions sont écrits à la marge, suffit-il de les parapher?*

Non sans doute; et cependant, en certains tribunaux on est dans l'usage de se contenter du simple paraphe du témoin, du juge et du greffier. Mais il suffit de lire l'art. 274, pour se convaincre que cet usage est absolument opposé au vœu de la loi, et qu'il y aurait nullité, sinon de la déposition entière, du moins des renvois qui seraient écrits à la marge et marqués d'un simple paraphe.

Ceci nous conduit à faire observer que rien ne doit être écrit en interligne, ainsi que l'exprimait l'art. 18 du tit. 22 de l'ordonnance, et que le dit implicitement l'art. 272.

Mais comme on ne saurait tirer aucune induction des dispositions de cet article, en ce qui concernerait les ratures, nous estimons que l'on doit suivre l'opinion de Rodier, sur l'article précité de l'ordonnance, 2e *Quest.*, et décider, en conséquence, que l'on ne pourrait prononcer la nullité d'une déposition qui contiendrait des ratures, si ces ratures étaient approuvées pour le nombre de mots et de lignes raturées.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 474, pense aussi, avec raison, qu'un simple paraphe ne suffit pas, et il ajoute, p. 475, que le défaut de signature à un changement ou à une addition n'annullerait que la portion non signée, et ne vicierait point les parties de la déposition qui auraient été revêtues de la signature. Cette décision ne peut être contestée.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 307.

1082. *La mention que le témoin ne sait écrire équivaut-elle à la mention qu'il ne sait signer?*

Si le témoin ne sait pas signer, il doit être fait mention de la déclaration qu'il fait à ce sujet; s'il sait signer, mais qu'il déclare qu'il ne le peut, à cause d'une infirmité quelconque, il faut également faire mention de sa déclaration, ainsi que de la cause à laquelle il attribue son empêchement; mais mentionner qu'un témoin ne sait écrire, ce n'est pas dire qu'il ne sait ou qu'il n'a pu signer; car on peut savoir signer, encore qu'on ne sache écrire, ainsi que nous l'avons fait observer sur la 167e *Quest.* (*V.* arrêt de la Cour de cassation, rapporté sur cette question.)

Nous remarquerons, en outre, que l'apposition d'une croix n'est pas une signature (*V.* arrêt de la Cour de Bruxelles, du 27 janvier 1807, *Jurisp. du Code civil*, t. 8, p. 370), et que l'on pourrait, en conséquence, arguer de nullité une déposition qui, étant souscrite de la sorte, ne contiendrait pas la mention que la partie *ayant déclaré ne savoir signer, a apposé une croix*, signe ordinaire dont elle fait usage en remplacement de sa signature.

[[Tout cela est incontestable, et enseigné, dans les mêmes termes, par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 368 et 369, n° 16.]]

ART. 275. Les procès-verbaux feront mention de l'observation des formalités prescrites par les art. 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273 et 274 ci-dessus; ils seront signés, à la fin, par le juge et le greffier, et par les parties, si elles le veulent ou le peuvent; en cas de refus, il en sera fait mention : le tout à peine de nullité.

Voyez *supra*, les articles indiqués dans celui-ci. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, n°s 471 à 479, 491, 492, 514, 515. — Arm. Dalloz, v° *Enquête*, n°s 188 à 205.—Devilleneuve, *eod.*, *verb.* n°s 98 à 109. — Locré, t. 21, p. 468. — QUESTIONS TRAITÉES : Doit-on, indépendamment de la preuve que fournirait le procès-verbal de l'observation des formalités prescrites par les articles indiqués en l'art. 275, y mentionner en termes exprès que ces articles ont été observés? *Q.* 1083. — Avant de requérir la signature des parties sur le procès-verbal, le juge-commissaire doit-il leur en faire donner lecture? *Q.* 1084. — La signature apposée par les parties sur le procès-verbal peut-elle leur être opposée comme une approbation des dispositionsqu'il renferme? *Q.* 1085.] (1)

1083. *Doit-on, indépendamment de la preuve que fournirait le procès-verbal de l'observation des formalités prescrites par les articles indiqués en l'art* 275, *y mentionner, en termes exprès, que ces articles ont été observés?*

Il ne suffit pas, a-t-on dit, que le procès-verbal offre par lui-même la preuve que les formalités prescrites par les articles rappelés en l'art. 275 aient été observées, mais il faut en outre qu'il *y* soit dit expressément qu'elles l'ont été, par exemple, par l'insertion, à la fin de la déposition de chaque témoin, de ces mots : *Les formalités prescrites par les art.* 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273 *et* 274 *ayant été observées, lecture a été donnée au témoin de sa déposition, etc.*

Il paraît que cette opinion, que nous avons entendu soutenir, présente une interprétation forcée de l'art. 275, et que le législateur n'a entendu exiger autre chose, si ce n'est que l'on *mentionnerait*, dans les procès-verbaux, que le témoin a déclaré, ou que l'on a observé à son égard tout ce qu'exigent les articles indiqués par l'art. 275.

Aussi ne trouvons-nous pas un auteur qui ait dit que l'on dût insérer, dans le procès-verbal, les expressions dont nous venons de nous servir. Il suffit donc, pour la validité de l'enquête, qu'il soit dit en ce procès-verbal que le défendeur a été assigné (art. 261); que chaque témoin a déclaré ses noms, profession, etc. (art. 262); que chaque séance a eu lieu tel jour et à telle heure (art. 269) : en un mot, il suffit que l'on ait énuméré toutes les formalités dont la loi veut que l'observation soit mentionnée (2).

[[L'art. 275 veut, d'une manière générale, que les procès-verbaux fassent mention de l'observation des formalités prescrites par les art. 261, 262, etc. D'un autre côté, il est tel de ces articles qui exige aussi spécialement la mention de la formalité qu'il prescrit. S'ensuit-il que cette mention doive avoir lieu deux fois : 1° en rendant compte de la déposition de chaque témoin; 2° en clôturant

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Quand la partie est présente à l'enquête, le procès-verbal doit, à peine de nullité, être signé d'elle, ou contenir mention qu'elle n'a pu ou voulu signer. (Limoges, 4 juillet 1827 ; *J. Av.*, t. 35, p. 55.)

2° Lorsqu'une partie ne sait pas signer, c'est à la fin du procès-verbal d'enquête, et non dans le corps de cet acte, que doit être placée la mention que la partie ne peut signer. (Toulouse, 5 décembre 1821 ; *J. Av.*, t. 19, p. 235.) — En effet, la mention de ne savoir signer, remplaçant la signature, doit comme celle-ci être placée à la fin de l'acte pour constater que la partie s'est trouvée présente jusqu'à la fin.]

(2) Mais s'il suffit d'avoir mentionné l'observation de tout ce que chacun de ces articles exige, sans exprimer que telle formalité a eu lieu d'après *tel article*, etc., d'un autre côté, le vœu de la loi ne serait pas rempli, si l'on se bornait à cette simple énonciation : *Les art.* 261 *et* 262, etc., *ont été observés.* A plus forte raison, comme l'a décidé la Cour de Turin, par arrêt du 27 avril 1813 (*S.*, t. 14, 1re partie, p. 314, et *J. Av.*, t. 11, p. 127), y aurait-il nullité d'une enquête où le juge se serait borné à une mention générale ainsi conçue : *La présente enquête a été par nous juge-commissaire rédigée en conformité du Code de procédure, et surtout de l'art.* 275. Il est évident qu'en tous ces cas, il y a contravention à ce dernier article, qui exige une mention expresse de l'observation des formalités prescrites par les articles qu'il énumère

le procès-verbal? Nous ne croyons pas que la loi ait voulu exiger, de la part du juge-commissaire, un travail inutile, et, comme il nous paraît indifférent que la mention soit faite au commencement, dans le corps ou à la fin du procès-verbal, nous ne nous montrerions sévères ni contre celui qui aurait cru devoir détailler séparément l'accomplissement de chaque formalité au moment où elle avait lieu, ni contre celui qui aurait cru satisfaire au vœu de la loi en renvoyant au dernier moment la mention qu'on exige, et en la faisant dans les termes généraux indiqués par l'art. 275.

Au reste, quoique au premier abord la jurisprudence paraisse avoir varié sur cette question, il nous semble qu'à l'examiner de plus près, l'opinion que nous venons d'émettre est le résumé exact de son esprit.

D'abord il a été décidé par les Cours de Bordeaux, 30 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 233), de Besançon, 21 novemb. 1808 (*Journ.* de cette Cour, t. 1. p. 363) et par la Cour de càss., le 9 déc. 1828 (*J. Av.*, t. 36. p. 224), que, pour remplir le vœu de l'art. 275 du Cod. de proc., il suffit d'énoncer d'une manière générale qu'on a fait tout ce qui est prescrit par tels et tels articles. La Cour de cassation et celle de Bordeaux ajoutent même que, tant que l'enquête n'est pas close, quoiqu'elle ait été signifiée, on ne peut en demander la nullité en se plaignant qu'on n'y trouve pas la mention de l'accomplissement des formalités, parce qu'on est à temps à l'y insérer jusqu'à la fin.

Si la Cour de Turin, par son arrêt cité à la note de M. Carré, a jugé dans un sens qui semble opposé, c'est que, dans l'espèce soumise à son appréciation, non-seulement chaque formalité n'avait pas été mentionnée au moment de son accomplissement, mais encore que, dans la mention unique et générale qui terminait le procès-verbal, on n'avait pas même détaillé les numéros des articles dont l'observation est exigée à peine de nullité. Il est certain que le rédacteur s'était un peu trop écarté du texte de la loi.

Mais aussi d'un autre côté, et comme pour confirmer l'indulgence de notre solution, la Cour de Caen a décidé, le 27 août 1827 (*D.*, 1828-2-67), que lorsque, dans le courant du procès-verbal, mention a été faite de l'observation des formalités au fur et à mesure de leur accomplissement, il n'est pas nécessaire de terminer l'enquête par la mention que toutes ces formalités ont été remplies. C'est dans le même sens que les Cours de Poitiers et de Grenoble l'ont décidé, la première, le 31 décembre 1822 (*J. Av.*, t. 11, p. 127), la seconde, le 27 août 1829 (t. 41, p. 527).

Enfin les Cours de Bordeaux, 4 février 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 3, p. 86), de Poitiers, 22 avril 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 7), et la Cour de cassation, 4 janvier 1813 (t. 11, p. 50), en annulant des procès-verbaux où ne se trouvait pas la mention d'une formalité en particulier, nous paraissent n'avoir rien préjugé sur la question que nous examinons.

Peut-être serait-ce avec quelque apparence de fondement qu'on essaierait d'établir une distinction entre les formalités qui sont applicables à chaque témoin en particulier, et celles qui concernent d'une manière générale toute l'opération de l'enquête. Ainsi la lecture des dépositions est quelque chose de spécial et de distinct pour chaque témoin, au lieu que l'obligation de les entendre séparément, celle de ne leur point laisser lire de projet écrit, sont des mesures générales qui regardent plutôt l'ensemble de l'enquête. Sur le fondement de cette distinction, et en l'appuyant de cette remarque que, pour certaines de ces formalités, la nécessité de la mention se trouve écrite deux fois dans la loi, on pourrait prétendre que, quant à celles-là du moins, la mention générale dont parle l'art. 275 n'est pas suffisante. Mais ces raisons ne nous semblent que spécieuses, par le motif que le résultat auquel elles font arriver, savoir une double mention, est quelque chose de complétement inutile. Ne suffit-il

pas en effet qu'on dise à la fin : Toutes les formalités exigées par tels et tels articles ont été remplies à l'égard de tous les témoins? N'est-ce pas là une attestation authentique de la conformité de l'opération avec les prescriptions de la loi?

Nous croyons que le résultat de toutes ces décisions peut être ainsi formulé : le procès-verbal doit, à peine de nullité, contenir la mention de l'exécution de toutes les formalités ; mais peu importe que cette mention soit faite séparément pour chacune d'elles, ou collectivement pour toutes par l'énumération des articles qui les prescrivent. Surtout la loi n'exige pas l'emploi cumulatif de l'un et de l'autre de ces modes.

C'est au reste l'opinion bien clairement énoncée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 477.

On peut encore voir des arrêts analogues sous les *Quest.* 1027 et 1068.

Toutefois plaçons ici une observation importante, et qui préviendra toute extension exagérée de notre opinion : il faut bien se garder de confondre ce qui seulement doit concerner *les mentions* avec les parties essentielles du procès-verbal. Il est bien évident qu'en vain le procès-verbal exprimerait-il que tous les témoins assignés ont comparu, et qu'on les a entendus après avoir observé à l'égard de chacun d'eux les formalités prescrites par l'art. 262, que cela ne suffirait pas.

Il faut donc, indépendamment des mentions exigées par l'art. 275, dont la place nous paraît presque indifférente, que, comme le dit M. BONCENNE, t. 4, p. 309, le procès-verbal d'enquête contienne :

« *La date des jour et heure*, afin que la rigueur des délais ne puisse être éludée;

« *Les comparutions ou défauts des parties et des témoins.* On ne constate ordinairement l'absence d'un témoin qu'à la fin de la séance, pour n'avoir pas *à rabattre le défaut*, s'il comparaissait avant qu'elle fût terminée ;

« *La présentation par les témoins de leurs assignations.* Une simple énonciation de la date et de la teneur de ces assignations ne suffirait point, quoiqu'on pût en induire qu'elles ont été représentées ; ce ne serait qu'une simple présomption, et c'est une mention expresse que la loi exige (1) ;

« *Les remises à autre jour et heure;* afin qu'une partie ne prenne prétexte pour dire que, si elle n'a point comparu à la déposition d'un témoin, c'est qu'elle avait ignoré le jour auquel sa déposition serait reçue;

« Le tout à peine de nullité. »

Quant à la mention, M. Boncenne paraît penser qu'indépendamment des mentions partielles exigées par certains articles, il faut encore que le procès-verbal finisse par une mention générale qu'il trouve régulière, même lorsqu'elle ne renvoie qu'aux numéros des articles.

Nous n'en persistons pas moins à penser que, l'art. 275, ne s'étant servi de ces mots *à la fin* que pour la signature, n'a rien prescrit de semblable pour les mentions dont la répétition ne ferait qu'augmenter inutilement les écritures.]]

1084. *Avant de requérir la signature des parties sur le procès-verbal, le juge commissaire doit-il leur en faire donner lecture?*

Puisque la loi ne l'exige point, le juge-commissaire peut se contenter de faire lire aux parties la simple clôture de cet acte; encore pensons-nous qu'il n'y aurait pas de nullité, si l'on avait omis de mentionner cette lecture.

[[Cette question ne peut donner lieu à la moindre difficulté.]]

---

(1) Arrêt de cassation du 4 janv. 1813 (*S.*, 13-1-303).

1085. *La signature apposée par les parties sur le procès-verbal peut-elle leur être opposée comme une approbation des dépositions qu'il renferme?*

Non, sans doute, car la loi n'exige ces signatures qu'afin de constater la clôture de l'acte et la fin des opérations. Au surplus, si les parties, craignant de se compromettre en signant, refusaient de le faire ou voulaient insérer des protestations, le juge-commissaire constaterait leurs déclarations à ce sujet et le but de la loi se trouverait rempli.

[[Voir nos observations conformes, sous les *Quest.* 1022, 1059 et 1069.]]

ART. 276. La partie ne pourra ni interrompre le témoin dans sa déposition, ni lui faire aucune interpellation directe, mais sera tenue de s'adresser au juge-commissaire, à peine de 10 fr. d'amende, et de plus forte amende, même d'exclusion, en cas de récidive; ce qui sera prononcé par le juge-commissaire. Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant appel ou opposition.

Voyez *Questions* sur les art. 200 [263] et 265. — [Carré, *Compétence*, 2e part., liv. 3, tit. 3, chap. 2, sect. 2, à la note, édit. in-8°, t. 6, p. 426.—Locré, t. 21, p. 469.]

ART. 277. Si le témoin requiert taxe, elle sera faite par le juge-commissaire sur la copie de l'assignation, et elle vaudra exécutoire : le juge fera mention de la taxe sur son procès-verbal.

Tarif 167.—[Notre Comm. du Tarif, t. 1, p. 286 à 289, nos 34 à 44 —[Cod. de proc., art. 545 —Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 19.— [QUESTIONS TRAITÉES : Quels sont les effets résultant de ce que la copie d'assignation, sur laquelle la taxe est faite, vaut exécutoire au témoin? *Q.* 1086.]

1086 *Quels sont les effets résultant de ce que la copie d'assignation, sur la quelle la taxe est faite, vaut exécutoire au témoin?*

Ces effets consistent en ce que l'ordonnance relative à cette taxe, quoique simplement écrite sur la copie de l'assignation du témoin, est exécutoire contre la partie qui poursuit l'enquête; en sorte que le témoin, pour obtenir le paiement de cette taxe, peut faire, en vertu de cette ordonnance, toutes les poursuites autorisées pour l'exécution d'un jugement, et, par conséquent, saisir les crédits, les meubles ou les immeubles du poursuivant, qui devient son débiteur.

[[C'est en effet une exception à l'art. 545 du Cod. de proc. civ., que notre art. 277 a voulu consacrer, afin de ne pas assujettir le témoin à des formes trop minutieuses et à des avances trop considérables pour le recouvrement de la taxe. C'est l'opinion unanime des auteurs. *V.* notamment MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 529; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 369, n° 16; THOMINE DESMAZURES, t. 1. p. 478 et BONCENNE, t. 4, p. 296.]]

ART. 278. L'enquête sera respectivement parachevée dans la huitaine de l'audition des premiers témoins, à peine de nullité, si le jugement qui l'a ordonnée n'a fixé un plus long délai.

Ordonn. tit. 22, art. 2 et 19 — Code de proc., art. 257, 279 et suiv., 292 et suiv., 1029, 1031.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, nos 150, 164, 165, 166, 172.—Devilleneuve, *eod.*, nos 54 et 55.—Arm. Dalloz, *eod*, nos 206 à 214.—QUESTIONS TRAITÉES : Que signifie le mot *respectivement*, employé dans

l'art. 278? *Q.* 1087.—Si une enquête était composée de plusieurs dépositions reçues en temps utile, et de plusieurs autres reçues après le délai, la nullité frapperait-elle sur l'enquête entière? *Q.* 1088.] (1).

V. *infrà*, Q. 1086 *bis* et Q. 1086 *ter*.

CCXXXII. Nous avons vu que le délai prescrit pour commencer l'enquête est fatal; il en est de même du délai prescrit pour la terminer. La loi veut impérieusement que l'enquête, ainsi que la contre-enquête, s'il en est fait une, soient respectivement parachevées dans la huitaine de l'audition des premiers témoins, sous peine de nullité. Le motif de cette rigueur est d'enlever à la mauvaise foi le temps et l'espérance de corrompre des témoins, et de saisir la vérité pendant qu'elle n'a pas encore été dénaturée. **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 376 et s., 385.

1087. *Que signifie le mot* RESPECTIVEMENT *employé dans l'art.* 278?

Il signifie que la disposition de l'article s'applique tant à l'enquête directe qu'à la contre-enquête. Ainsi, l'enquête du demandeur doit être parachevée dans la huitaine de l'audition du premier témoin assigné à sa requête, et, *respectivement*, l'enquête du défendeur doit être terminée dans le même délai de huitaine, à partir également de l'audition du premier témoin qui a déposé sur l'assignation de celui-ci. (Turin, 19 avril 1811; *S.*, 1815, 2e part., p. 173, et *J. Av.*, t. 11, p. 104; PIGEAU, t. 1, p. 278.)

[[Cette interprétation de l'art. 278, que nous avons déjà donnée nous-même sous la *Quest.* 1008 *ter*, est confirmée par un arrêt de la Cour de Metz, du 26 mai 1820 (*J. Av.*, t. 11, p. 173), et par l'opinion conforme de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 530; DALLOZ, t. 6, p. 870, n° 1; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 479, et BONCENNE, t. 4, p. 305. Mais l'on demande s'il résulte de ces termes : *l'audition des premiers témoins*, que le délai ne commence à courir que le jour où l'audition a eu réellement lieu, soit que les témoins aient été assignés pour le jour fixé par l'ordonnance du juge-commissaire, soit que l'assignation ne leur ait été donnée que pour un jour postérieur.

MM. DALLOZ, t. 6, p. 870, n° 2; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 479, et BOITARD, t. 2, p. 219, sont d'avis que le délai de huitaine court à dater du jour fixé par le *juge-commissaire* pour l'audition du premier témoin.

Cette solution contrarie évidemment l'opinion que nous avons déjà émise *Quest.* 1011, et dans laquelle nous persistons. Nous pouvons invoquer l'arrêt de Turin, du 19 avril 1811, cité par M. Carré.

Les auteurs que nous venons de citer avouent eux-mêmes que les termes de l'art. 278 sont formels contre leur sentiment, et c'est à l'aide de considérations, fort ingénieuses sans doute, mais non légales, qu'ils soutiennent leur système; la discussion de M. Boitard est la plus complète.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 381 et s., 438.

---

(1) JURISPRUDENCE

[Nous pensons que :

1° La continuation d'une enquête ou d'une contre-enquête doit, de même que l'enquête ou la contre-enquête, être parachevée dans la huitaine de l'audition des premiers témoins. (Toulouse, 8 août 1832; *J. Av.*, t. 44, p. 236.)

2° Le compromis qui intervient entre les parties, le lendemain de la contre-enquête, est interruptif du délai accordé par l'article 278 du Code de procédure civile, pour le parachever; en cas d'inexécution du compromis, il peut être accordé un nouveau délai pour la continuer, et même faire entendre de nouveaux témoins. (Grenoble, 28 déc. 1818.)

3° La partie qui donne son consentement à la continuation d'une enquête, hors du délai fixé par l'art. 278, est plus tard irrecevable à en demander la nullité de ce chef. (Colmar, 19 mars 1806; *J. Av.*, t. 11, page 37.)]

1088. *Si une enquête était composée de plusieurs dépositions reçues en temps utile, et de plusieurs autres reçues après le délai, la nullité frapperait-elle sur l'enquête entière?*

DUPARC-POULLAIN, t. 9, p. 349, rapporte sur cette question le sentiment de Boutaric, qui citait lui-même un arrêt du parlement de Toulouse, par lequel il avait été décidé qu'une enquête ayant été faite en trois séances différentes, dont la dernière était hors le délai, les dépositions reçues dans cette séance étaient nulles, sans que leur nullité pût influer sur celles qui avaient été reçues auparavant et dans le délai légal.

Duparc, sans s'expliquer davantage, paraît adopter cette opinion, par cela même qu'il ne la contredit pas; mais Rodier, en citant le même arrêt, sur l'art. 2 du tit. 22 de l'ordonnance, 1re *Quest.*, maintient que l'enquête n'en est pas moins indivisible et *nulle dans son entier*. Tel est aussi le sentiment de M. DELAPORTE, t. 1, p. 277.

Mais M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 200, soutient, en argumentant de l'art. 294, que la nullité ne tombe que sur les témoignages reçus après le délai, et tel est aussi l'avis de M. PIGEAU, t. 1, p. 279.

Nous remarquerons que cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 5 floréal an 11 (*J. Av.*, t. 11, p. 19).

Si, sous l'empire de l'ordonnance, qui ne contenait point la distinction portée en l'art. 294 de notre Code, une semblable décision a été rendue, à plus forte raison doit-on croire que, par une conséquence naturelle de cet article, l'on prononcerait aujourd'hui de la même manière.

[[L'opinion de M. Carré nous paraît évidente; elle est partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 352, n° 8; DALLOZ, t. 6, p. 871, n° 4, et BOITARD, t. 2, p. 220, et consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 17 décembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 394).]]

Supp. alph. V° *Enquête*, n. 386 et s.

ART. 279. Si néanmoins l'une des parties demande prorogation dans le délai fixé pour la confection de l'enquête, le tribunal pourra l'accorder.

Tarif, 168.—[Notre comm. du Tarif, t. 1, p. 289 à 290, n°s 45 à 47.]—Ordonn. art. 2 et 19.—Code de proc., art. 413, 1031.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Enquête*, n°s 162, 174 à 176, 178, 180, 181 à 192, 194, 196, 197, 207 à 216. — Devilleneuve, *eod.*, n°s 33 à 40, 45, 46, 51 à 55.—Armand Dalloz, *eod.* n°s 296 à 229 — QUESTIONS TRAITÉES : A quelle époque de l'enquête le poursuivant peut-il valablement demander une prorogation de délai? *Q* 1089.—Lorsque le délai fixé par l'art 257 pour commencer l'enquête a été prorogé, aux termes de l'art. 258, la partie n'en serait-elle pas moins recevable à demander une prorogation de délai pour parachever cette enquête? *Q.* 1090.— Mais la prorogation du délai pour commencer l'enquête ne pouvant avoir lieu, d'après les art. 257 et 258, lorsqu'elle doit être faite devant un commissaire du tribunal même qui l'a ordonnée, une partie peut-elle s'opposer à la prorogation du délai pour parachever cette enquête, par le motif que les juges auraient, au mépris de ces deux articles, prorogé le délai fixé pour la commencer? *Q.* 1091.—La partie qui n'a pas fait assigner tous les témoins peut-elle, après l'audition de ceux quelle a appelés, demander prorogation de délai, à l'effet de faire entendre les autres? Les juges sont-ils toujours souverains appréciateurs de l'opportunité de la prorogation? *Q* 1092 — Mais une partie peut-elle obtenir une prorogation de délai, pour faire entendre de nouveau ses témoins, afin qu'ils précisent et expliquent les dépositions qu'ils auraient déjà faites? *Q.* 1093.] (1).

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Si, dans la huitaine fixée par l'article 257 pour commencer l'enquête, le poursuivant ne faisait aucunes diligences, il ne serait pas recevable, après cette huitaine, à demander une prorogation de délai pour l'achever, conformément à l'art. 279. (Montpellier, 2 mai 1810; Commentaire des *Annales du Notariat*, t. 2, p. 213, et Toulouse, 28 août 1834, *J. Av.*, t. 48, p. 55.)

NOTA DE M. CARRÉ. Les motifs de cet arrêt ont été que le poursuivant s'étant, par sa

CCXXXIII. Ce délai de huitaine peut, dans un grand nombre de cas, être insuffisant ; aussi la loi, qui n'oblige point à l'impossible, permet-elle au tribunal d'en fixer un plus long par le jugement même qui ordonne l'enquête, si l'une des parties la demandait, et si les circonstances l'exigent.

S'il arrive, après l'enquête commencée, mais avant l'expiration du délai prescrit pour sa confection, soit par la loi, soit par le tribunal, qu'une des parties demande la prorogation de ce délai, qu'un événement ou des difficultés imprévues rendent insuffisant, les juges peuvent accorder la prorogation demandée. **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 389, 390.

1089. *A quelle époque de l'enquête le poursuivant peut-il valablement demander une prorogation de délai ?*

C'est, en d'autres termes, mettre en question si la demande en prorogation peut être faite dès l'instant où l'enquête est réputée commencée, c'est-à-dire, dès l'obtention de l'ordonnance du juge-commissaire qui permet d'assigner les témoins, ou si, au contraire, elle ne doit l'être que pendant la huitaine qui suit l'audition des premiers témoins.

Il est certain, suivant les auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 212, que, l'art. 279 n'indiquant pas si c'est à l'ouverture du procès-verbal d'enquête ou à sa clôture que la demande d'un nouveau délai pour la terminer doit être faite, on doit en conclure que la partie peut valablement demander cette prorogation de délai dans tout l'intervalle qui s'écoule, à compter du jour où l'ordonnance du juge-commissaire a été obtenue, jusqu'à la huitaine de l'audition des premiers témoins.

« Il n'y aurait pas, en effet, ajoutent ces auteurs, de motifs d'opposer à une demande de cette espèce, une fin de non-recevoir tirée de l'époque où cette demande aurait été faite, puisque la loi l'autorise dans tout le délai qui est accordé pour la confection de l'enquête : d'où suit qu'elle est admissible pendant tout le temps qui est accordé, soit pour commencer, soit pour terminer l'enquête. »

Mais ne pourrait-on pas objecter que le délai pour commencer l'enquête (art. 257 et 258) est absolument indépendant du délai fixé pour la terminer (art. 278) ? que l'art. 279 ne parle que de ce dernier délai, qui, d'après ces expressions, est celui dans lequel la demande en prorogation doit être formée? que c'est, conséquemment, violer cet article, que de la former auparavant? qu'enfin, cette demande ne pouvant être motivée que sur l'impossibilité de

---

négligence, laissé décheoir de la faculté de faire l'enquête, avait, par cela même, perdu le droit de demander la prorogation du délai accordé pour la parachever.

2° Lorsqu'après l'achèvement d'une enquête, le tribunal accorde une prorogation pour entendre de nouveaux témoins, le délai court du jour de la signification du jugement à avoué. (Colmar, 11 mars 1829 ; *J.* de cette Cour, t. 25, p. 70.)

3° Lorsqu'il a été accordé une prorogation d'un mois, sans dire que l'enquête serait terminée dans le nouveau délai, il suffit que la continuation d'enquête ait été commencée dans ce délai. (Montpellier, 12 mars 1829 ; *J. Av.*, t. 37, p. 344.)

4° Lorsqu'une demande en prorogation d'enquête a été utilement formée, la partie qui l'a obtenue n'est pas censée y renoncer par cela seul qu'elle signifie des conclusions au fond. (Limoges, 13 juin 1818 ; *J. Av.*, t. 11, p. 162.)

5° Lorsqu'il y a erreur dans l'indication d'un fait dont la preuve est ordonnée, les juges peuvent, même après l'expiration des délais fixés par l'enquête, rectifier cette erreur et proroger les délais, sans qu'aucune partie puisse s'en plaindre, surtout celle en faveur de qui la prorogation a été prononcée. (Cass., 14 février 1827 ; *J. Av.*, t. 33, p. 26.)]

parachever l'enquête dans ce même délai, il faut nécessairement que l'audition des témoins ait été commencée pour que cette impossibilité puisse être reconnue? qu'ainsi le texte de la loi, d'accord avec l'esprit qui l'a dicté, veut évidemment que la demande en prorogation ne puisse être faite avant le délai fixé pour parachever l'enquête?

Quelque importance que l'on attache à ces raisonnements, nous ne croyons pas qu'ils soient de nature à faire rejeter l'opinion des auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, et nous en donnerons pour raison que, si l'art. 279 paraît exiger que la demande en prorogation soit faite dans le délai fixé par l'art. 279, ce n'est qu'afin d'interdire cette demande après ce délai.

Nous ne voyons, en effet, aucun inconvénient à ce qu'une partie qui, avant le jour fixé pour l'audition de ses témoins, s'aperçoit que le délai pour achever l'enquête ne suffit pas, forme une demande en prorogation sur le procès-verbal dont le juge-commissaire a fait l'ouverture en donnant son ordonnance (1).

[[L'avis de M. Carré nous paraît devoir être suivi : les objections qu'il se propose ne nous semblent d'aucun poids. C'est précisément parce que le délai pour commencer l'enquête est absolument indépendant du délai pour la terminer, que le dernier appartient en entier à la partie qui croit devoir demander une prorogation. Or, il est bien évident que ce dernier délai commence au moment où expire le premier, c'est-à-dire à l'ordonnance du juge-commissaire, et qu'il ne se termine qu'à l'expiration de la huitaine de l'audition des premiers témoins.

Cette opinion est partagée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 352, n° 8, DALLOZ, t. 6, p. 872, n° 6, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 480.

Ainsi, pendant toute la période donnée pour la confection de l'enquête, on peut former la demande en prorogation. Mais aussi ce délai est fatal; on n'y serait plus à temps après son expiration, comme l'a jugé la Cour de Nîmes, le 17 décembre 1819 (*J. Av.*, t. 11, p. 172); encore qu'il s'agit d'une enquête de commune renommée; Bordeaux, 1er mai 1827 (t. 33, p. 231).

On peut regarder comme une conséquence de la doctrine enseignée sous ce numéro, l'arrêt de la Cour de Toulouse du 1er décembre 1825 (*J. av.*, t. 30, p. 190), qui décide que, tant que le délai de huitaine fixé par la loi pour achever une enquête n'est pas expiré, une partie qui a laissé clore le procès-verbal de son enquête sans demander une prorogation de délai a le droit de former cette demande sur le procès-verbal de la contre-enquête. Pourquoi, d'ailleurs, ne la formerait-elle pas par une autre voie telle qu'une requête adressée au président, ainsi que la Cour de Turin l'a admis par son arrêt du 12 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 98)? (*V.* art. 280, *Quest.* 1094.)

Au reste, la prorogation accordée à l'une des parties profite à son adversaire, encore que celui-ci n'ait point fait sa demande dans le délai qui lui appartient. C'est une suite du droit de la défense, et de ce principe consacré par l'art. 256 que la preuve contraire est toujours de droit.

---

(1) Au reste, il peut arriver des circonstances dans lesquelles il serait nécessaire de demander, avant l'audition des témoins, la prorogation du délai pour parachever l'enquête. Tel serait le cas où il se serait glissé, dans l'ordonnance par laquelle le commissaire aurait fixé le jour et l'heure de l'audition des témoins, quelque irrégularité ou omission qui eût empêché l'exécution de cette ordonnance. (*V.* Arr. de la Cour de Turin, du 19 avril 1811; *S.*, t. 15, 2e part., p. 173, et *J. Av.*, t. 11, p. 104.)

[Nous n'admettons pas que ce soit là un cas de prorogation. (*Voy.*, *suprà*, les *Questions* 1011 et 1087.)]

Ainsi l'ont jugé quatre arrêts des Cours de Metz, 20 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 37, p. 88); Bourges, 13 février 1827, t. 33, p. 132); Bastia, 7 mai 1827 (t. 34, p. 78) et cassation, 15 décembre 1830 (t. 40, p. 376). La même doctrine est enseignée par M. DALLOZ, t. 6, p. 874, n° 15.

Et nous admettons aussi, par argument de l'art. 257, que la signification d'un jugement, qui accorde une prorogation respective aux deux parties, fait courir le délai à l'égard des deux, quoiqu'elle n'ait été faite que par une seule. Un arrêt de la Cour de Toulouse, du 8 août 1832, motivé, il est vrai, d'une manière fort obscure, semble avoir décidé le contraire (*J. Av.*, t. 44, p. 236); mais il ne nous paraît pas devoir faire jurisprudence.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 391, 392.

1090. *Lorsque le délai fixé par l'art. 257 pour* COMMENCER *l'enquête a été prorogé, aux termes de l'art. 258, la* PARTIE *n'en serait-elle pas moins recevable à demander une prorogation de délai pour* PARACHEVER *cette enquête?*

Oui, sans doute, puisque le délai dans lequel l'enquête doit être commencée est, comme nous l'avons dit sur la question précédente, tout-à-fait indépendant de celui dans lequel les parties sont tenues de la parachever.

[[Cet avis, que nous approuvons, est aussi celui de M. FAVARD DE LANGLADE t. 2, p. 353, n° 10.]]

1091. *Mais la prorogation du délai pour* COMMENCER *l'enquête ne pouvant avoir lieu, d'après les art. 257 et 258, lorsqu'elle doit être faite devant un commissaire du tribunal même qui l'a ordonnée, une partie peut-elle s'opposer à la prorogation du délai pour parachever cette enquête, par le motif que les juges auraient, au mépris de ces deux articles, prorogé le délai fixé pour la* COMMENCER?

Nous ne le pensons pas, et nous fondons encore notre opinion sur ce que les délais pour *commencer* et *parachever* l'enquête sont absolument distincts. Ainsi, dans l'espèce de la question que nous examinons, le défendeur ne peut qu'attaquer, pour cause de contravention aux art. 257 et 258, le jugement qui a retardé l'ouverture de l'enquête, et, s'il ne le fait pas, il n'est pas recevable à s'opposer à l'adjudication de la demande en prorogation autorisée par l'art. 279 (1).

[[Ce point nous paraît également hors de toute contestation.]]

1092. *La partie qui n'a pas fait assigner tous ses témoins peut-elle, après l'audition de ceux qu'elle a appelés, demander prorogation de délai, à l'effet de faire entendre les autres?* [[*Les juges sont-ils toujours souverains appréciateurs de l'opportunité de la prorogation?*]]

La première question a été jugée :

Pour la négative, par un arrêt de la Cour de Paris, du 18 mai 1810, rapporté au Commentaire inséré aux *Annales du Notariat*, t. 2, p. 215 et *J. Av.*, t. 21, p. 133.

Pour l'affirmative, par arrêt de la Cour de Colmar, du 16 novembre 1810 (*S.*, t. 11, 2e part., p. 265 et *J. Av.*, t. 11, p. 91); par arrêt de la Cour de Paris, du 31 janvier 1811, déjà cité sur la 985e *Quest.*; enfin, par arrêt de la Cour de Turin, du 12 du même mois, rapporté au *J. Av.*, (t. 11, p. 98).

---

(1) Au surplus, cette question et celle qui précède ont été résolues comme nous venons de le faire, par arrêt de la Cour de Paris, du 31 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 100).

Les motifs de la première solution sont que, dans le vœu de la loi, la demande en prorogation de délai n'est autorisée que pour le cas où la partie prévoit que la huitaine fixée par l'art. 278 sera insuffisante pour entendre tous les témoins : que cette hypothèse n'existe point lorsque tous les témoins assignés ont comparu et qu'ils ont tous déposé; qu'alors l'enquête est censée parachevée, et que, conséquemment, une demande en prorogation, tendant à faire entendre de nouveaux témoins, aurait pour objet moins de proroger l'enquête, dans le sens de l'art. 279, que d'obtenir l'exorbitante prérogative de faire procéder à une nouvelle enquête.

Pour l'opinion contraire, on dit qu'aucune disposition du Code n'oblige la partie à assigner, en même temps et pour le même jour, tous les témoins qu'elle se propose de faire entendre; que l'art. 278 suppose, au contraire, qu'après l'audition des premiers témoins assignés, on peut en assigner et en faire entendre d'autres, puisqu'il veut que l'enquête soit parachevée dans la huitaine *de l'audition des premiers témoins;* qu'il n'y a d'autres limites à cette faculté que l'obligation d'assigner la partie à l'audition, et de lui notifier les noms de ces témoins.

On ajoute, au surplus, que l'art. 279, en autorisant une partie à demander la prorogation du délai de huitaine, fixé par l'art. 278 pour la confection de l'enquête, ne fait aucune distinction entre les témoins qui ont été assignés et ceux qui ne l'ont pas été, et qu'il suffit, conséquemment, que la demande en prorogation soit formée dans ce délai pour qu'elle soit recevable, et pour que le tribunal l'accorde, *si d'ailleurs elle repose sur de justes motifs.* (*V.* les 1090 et 1091e *Quest.*)

Tel est aussi le sentiment des auteurs du Commentaire inséré aux *Annales du Notariat.* (*V.* t. 2, p. 216.)

[[Une jurisprudence constante a consacré l'opinion qu'exprime ici M. Carré, voici l'analyse des diverses décisions. Le 14 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 251), la Cour de Nîmes a accordé une prorogation pour faire entendre des témoins qui avaient été cités, mais qui n'avaient pas été entendus. Ce premier arrêt n'offre pas une solution de la question proposée, quoiqu'il reconnaisse un principe qu'elle suppose; mais, le 27 août 1828, la Cour d'Amiens a permis à une commune de faire entendre de nouveaux témoins dans une prorogation d'enquête, parce que les premiers assignés avaient été tous reprochés comme habitants de cette commune : si les reproches sont admis, a-t-elle considéré, l'enquête se trouvera anéantie. Enfin les Cours de Bruxelles, le 26 mai 1824 (*Journ.* de cette Cour, 1824, t. 2, p. 17), le 19 février 1835 (même *Journ.*, 1835, t. 2, p. 70), et de Liége, le 11 août 1836 (même *Journ.*, 1836, t. 2, p. 419), ont décidé que, lorsqu'un jugement accorde une prorogation pour l'audition de témoins défaillants, ou de témoins présents que le défaut de temps a empêché d'entendre, la partie peut au jour indiqué produire encore de nouveaux témoins.

C'est aussi la doctrine enseignée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 531, FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 352, n° 9; DALLOZ, t. 6, p. 872, n° 7, et THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 480.

Mais il faut bien remarquer qu'il ne suffit pas, pour obtenir la prorogation, de la demander; il faut alléguer des motifs puissants, et démontrer qu'il a été impossible de faire entendre tous les témoins dans le délai légal. Les juges, qui sont à cet égard les exécuteurs des prescriptions de la loi et les interprètes de son esprit, sont souverains appréciateurs de la nécessité de la prorogation; ils peuvent l'accorder ou la refuser suivant qu'ils en reconnaissent ou non l'opportunité. Ce pouvoir discrétionnaire a été reconnu par un arrêt de la Cour de Toulouse, du 13 juin 1825 (*S.*, 25-2-298), et maintes fois appliqué par diverses Cours à des circonstances particulières. Ainsi la Cour de Turin, 29 août 1808

J. Av., t. 11, p. 44) (1), exige que la demande en prorogation soit motivée, afin que les juges puissent la rejeter si elle leur paraît mal fondée. Le 2 juillet 1832, la Cour de Bruxelles (*Journ.* de cette Cour, t. 1 de 1832, p. 369) refuse la prorogation parce que la partie ne justifie pas avoir été dans l'impossibilité complète de faire entendre ses témoins; la Cour de Bordeaux agit de même le 5 février 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, p. 97), et la même Cour de Bruxelles décide, le 18 octobre 1831 (*Journ.* de cette Cour, 1832, t. 1, p. 76), que l'ignorance où serait la partie du nouveau domicile pris par les témoins depuis l'ordonnance d'assignation, et, le 29 juin 1813 (*J. Av.*, t. 11, p. 129), qu'une indisposition grave par elle alléguée ne seraient pas des motifs suffisants pour lui accorder une prorogation, si elle ne justifiait pas d'ailleurs avoir fait toutes les diligences nécessaires pour les découvrir, ou avoir été mise, par son indisposition, dans l'impossibilité absolue d'agir; mais aussi la Cour de Pau reconnaît, le 11 mai 1830 (*J. Av.*, t. 11, p. 109), qu'il y a lieu de proroger lorsque la partie n'a pu lever un obstacle qui s'oppose à l'achèvement de l'enquête, par exemple le refus des témoins de prêter serment.

La nullité de l'assignation à la partie pour être présente à l'enquête serait-elle un motif suffisant pour obtenir prorogation? La Cour de Bruxelles a jugé la négative, le 10 décembre 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 109), en se fondant sur ce que la partie pourrait, en glissant quelque nullité volontaire dans l'assignation, tirer avantage de cette violation de la loi pour se ménager une prorogation. Mais outre que cette manœuvre serait bien imprudente, puisque celui qui se la permettrait ne serait jamais sûr d'obtenir une prorogation qui dépend de la volonté des juges, ce qui rend le motif indique bien peu puissant; ne peut-on pas dire que décider ainsi c'est ravir à la partie une ressource que la loi lui assurait, et sur laquelle elle devait compter tant que, se trouvant dans le délai légal, elle conservait le droit de demander prorogation. Ces considérations nous engagent à décider autrement que l'arrêt ci-dessus, et nous pouvons nous appuyer d'un arrêt de la Cour de cassation, du 7 décembre 1831 (*Dalloz*, 1832-1-21). Au reste, ce n'est pas un principe absolu que nous voulons poser; la sage appréciation des magistrats ne peut être soumise à aucune gêne, c'est seulement le principe contraire que nous combattons.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 398 et s.

1093. *Mais une partie peut-elle obtenir une prorogation de délai, pour faire entendre de nouveau ses témoins, afin qu'ils précisent et expliquent les dépositions qu'ils auraient déjà faites?*

La Cour d'appel de Turin, par l'arrêt du 12 janvier 1811 (*J. Av.*, t. 11, p. 98), déjà cité sur la précédente question, a décidé la négative, en considérant qu'une demande en prorogation, faite pour un semblable objet, était con-

---

(1) [M. Carré, à la jurisprudence de l'art. 279, avait placé à la suite de l'arrêt de Turin une note ainsi conçue :

« NOTA. On croira, sans doute, que la Cour n'a pas entendu décider qu'il faille *nécessairement* que la partie *motive* sa demande en prorogation sur le procès-verbal du juge-commissaire, en sorte qu'il ne dût y avoir aucun égard et pût se dispenser d'en référer au tribunal, parce que les moyens de cette demande n'auraient pas été établis. Nous pensons qu'on ne doit conclure de l'arrêt que nous venons de citer rien autre chose, si ce n'est que la partie qui a formé sa demande sur le procès-verbal du juge-commissaire, doit au moins justifier de ses motifs lors du référé que fait ce magistrat au tribunal, conformément à l'art. 280.

« En un mot, l'arrêt dont il s'agit exprime qu'il ne suffit pas, pour qu'une prorogation de délai soit accordée, que la partie ait formé la demande; mais qu'il faut, pour que le tribunal l'accorde, que cette demande soit justifiée : ce n'est, au reste, que ce que dit l'art. 279, en laissant au tribunal *la faculté* d'accorder ou de refuser la prorogation. »]

traire aux lois et à tous les principes. M. Coffinières, en rapportant cet arrêt dans le *Journal des Avoués*, justifie cette décision par cette double considération, que, dans une procédure où tous les délais sont de rigueur, on ne doit pas en accorder de nouveaux, si ce n'est dans le cas d'une nécessité absolue et que, les parties présentes à l'enquête pouvant faire interpeller les témoins sur les circonstances qui leur semblent mal précisées, le désir de retarder l'instruction pourrait seul les engager à produire de nouveau ces témoins.

On juge, d'après la solution que nous avons donnée sur la 1075e *Quest.*, que nous ne pouvons qu'adopter cette opinion.

[[M. DALLOZ, t. 6, p. 873, n° 8, embrasse avec raison cet avis. — M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 468, à l'occasion d'une question particulière, examinée aussi par M. Carré sous le n° 931, décide en termes généraux que, la loi ne s'y opposant pas, on peut dans tous les cas faire entendre une seconde fois le même témoin; mais il apporte tant de restrictions à cette règle, qu'elle rentre à peu près dans la solution ci-dessus de M. Carré.]] **Supp. alph.**, V° *Enquête*, n. 405 et s.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

a39003 008595596b

KE
70
.C3
1850
V.2

AUTHOR

TITLE

Carré
Lois de la procédure
civile et comm.

DATE DUE

Annual			

NO. 1137